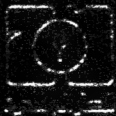


المدخل في الفقه الإسلامي

تعريفه وتاريخه ومذاهبه
نظرة فلسفية وأصولية

الأستاذ الدكتور
أبو محمد محمد صالح
مفتي الجمهورية العربية السورية
رئيس جامعة دمشق
رئيس المجلس الأعلى للدراسات الإسلامية
رئيس المجلس الأعلى للبحوث الإسلامية



المِيزَانُ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

تَعْرِيفُهُ وَتَارِيخُهُ وَمُزَاجُهُ
نَظَرِيَّةُ الْمَلِكِ سَيِّدِ الْإِسْلَامِ

المدخل في الفقه الإسلامي

تعريفه وتاريخه ومذاهبه
نظريته الملكية ولعقد

الأستاذ الدكتور

الشيخ محمد مصطفى شبلي

رئيس قسم الشريعة الإسلامية

بجامعة الإسكندرية ومركز العربية "مابغا"
وهو عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر



دار الجامعة

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة المباشرة
مزيدة ومنقحة
١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م



بيروت - تجاه جامعة بيروت العربية - شارع عفيف الطبي - بناية البعلبكي - الطابق الرابع
٣١٧١١٨/٣١٦٣٦٦ ص. ب : ٩٣٣٣ برقياً : ميكاوي نلكس : MAKAWI 43968 LE

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم الطبعة الجديدة

أحمدك اللهم حمداً يليق بجلالك، وأشكرك على جزيل عطائك، وأصلي وأسلم على خير خلقك وخاتم أنبيائك، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه صفوة أوليائه، وعلى من تبعهم وسار على هديهم إلى يوم الحشر يوم لقائك. وأسألك الهداية والتوفيق.

وبعد. فهذا كتابنا يتحدث عن الفقه الإسلامي. نشأته وأدواره التي مر بها، ومذاهبه المشهورة التي تكونت في عصر ازدهاره، ولمحة عن مصادره، والموازنة بينه وبين القوانين الوضعية، ودفع بعض الشبهات التي أثرت حوله، وشرح لنظريتي الملكية والعقد.

وقد طبع عدة طبعات في مصر قبل أن يجيء إلى بيروت لم أبخل عليه بجهد قرابة أحد عشر عاماً ولما استوى على سوقه، وأصبح وافياً بموضوعه جئت به إلى بيروت فطبع فيها عدة طبعات أخرى لم أفكر في واحدة منها أن أدخل عليه تعديلاً أو تغييراً لأنني لست من هواة التغيير.

وقيل هذه الطبعة وجدت الناس يتساءلون عن أمور هي في حقيقتها شبهات يثيرونها حول الفقه الإسلامي عندما أعلنت بعض الدول الإسلامية رغبتها في تطبيق الشريعة الإسلامية وجعلها المصدر الرئيسي لكل قوانينها، ويقصدون من ورائها التشكيك في قدرة الفقه الإسلامي بوضعه الحالي على الوفاء بذلك.

فيقولون: كيف نأخذ تشريعاً كاملاً يلائم العصر الحاضر من هذا الفقه وقد قفل فيه باب الاجتهاد من قرون خلت، وماذا نصنع في المشكلات المعاصرة التي تواجه تطبيق هذا الفقه. كنظام الفوائد الذي عم المعاملات كلها، ونظام الحدود البالغ القسوة الذي لا يلائم عصر المدنية الذي نعيش فيه؟ وما مدى تطبيق فقه المذاهب الملون على ما جدّ من معاملات؟

ولما كانت هذه التساؤلات قد تهز الصورة الجميلة التي يخرج بها قارئ الكتاب عن هذا الفقه الخالد، ولا يليق بدارسه أيّا كان موضعه عدم العلم بحقيقة تلك الشكيات والرد عليها.

رأيت أن أضيف إلى هذا الكتاب - في طبعته الجديدة - فصلاً جديداً في آخره للرد على تلك التساؤلات، والله أسأل أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، إنه أكرم مسئول، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بيروت في ربيع الثاني ١٤٠٥ هـ.
المؤلف
محمد مصطفى شلبي
يناير سنة ١٩٨٥ م.

مقدمة الطبعة السابقة

« الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ليخرج الناس من الظلمات إلى النور » .

« كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير » .

« كتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد »
« كتاب تكفل الله بحفظه من التفسير والتبديل : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » .

« كتاب أسس شريعة الإسلام على العدالة المطلقة والمساواة بين الناس »
« فاللهي نظام الطبقات » وأهدر موازين المفاضلة والتكريم التي كانت تقوم على القوة والجاه ، وأقام ميزاناً جديداً يعتمد على تقوى الله فحسب « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

« والصلاة والسلام على من جعل الله رسالته رحمة عامة شاملة » وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

« وختم به سلسلة الأنبياء والمرسلين » ما كان عهد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » .

« فبلغ الرسالة وأدى الأمانة » وأبان ما خفي من التنزيل بإلهام من الله العلي الخبير « لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه » .

فترك لنا كتاب الله الحكم وسنته الشارحة المبينة ، وهما العاصم لن تمسك
بها واقتدى بهديها .

« تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بها كتاب الله وسنتي ،

ترك لنا الأسس والمبادئ التي لا تغيرها الأيام ، ثم فتح باب الاجتهاد لأصحابه
ليكون سنة الله في هذه الأمة ، فقاموا من بعده بتطبيق تلك المبادئ على
ما جد من وقائع تطبيقاً حقيقياً للأمة مصالحها ، وحفظ لهذه الشريعة روعتها ثم
جاء من بعدهم طائفة قامت بهذا الحق ، تلتها أخرى وأخرى ، ومتبقي كذلك
حتى يأتي أمر الله كما أخبر الصادق الأمين .

« لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله . »

تكون من هذه اليهود المتتابة على مرّ الزمن ما سمي بالفقه الاسلامي أو
النظام الإسلامي ، وهو قانون عام ونظام شامل ينظم الظاهر والباطن ، نظم صلة
الإنسان بربه ، وصلة الإنسان بالإنسان . فلم يترك ناحية من النواحي إلا نظمها
فهو ينظم كل العلاقات الروحية والمادية . الفردية والاجتماعية . لم يهتم بناحية على
حساب الأخرى حتى لا تطغى واحدة على غيرها ، فلم تطغ فيه المادة على الروح
كما هو سمة القوانين الوضعية واليهودية المحرفة ، ولا الروح على المادة كما هو الشأن
في النصرانية بعد أن أدخلت عليها الرهبانية « ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها
عليهم إلا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها » ، وهي التي نقاما رسول
الله بشدة في قوله « لا رهبانية في الإسلام » وقوله لمن لم يتزوج وهو صحيح مؤسر :
« فأنث إذأ من إخوان الشياطين . إما أن تكون من رهبان النصارى فأنث
منهم ، وإما أن تكون منا فاضنن كما نصنع وإن من سنتنا الشكاح شرارك عزايكم
وأرازل موتاكم عزايكم » .

وقوله لمن هزم على قيام الليل كله ومواصلة الصوم : « إن لبدنك عليك
حقاً فصم وأفطر وقم وتم » .

ولم يطغ فيه الفرد على حساب المجتمع كما حدث في النظام الرأسمالي ، ولا المجتمع على حساب الفرد كما وقع في النظام الشيوعي .

ذلك أنه نظام ليس من وضع البشر الذين تتحكم فيهم الأهواء والأغراض وظروف البيئة التي يعيشون فيها ، وإنما هو من وضع الله رب العالمين الذي لا يتعيز لجنس على جنس ولا لطبقة على طبقة فالكل عباده وهو المليم بأحوالهم فلا تخفى عليه مصلحة من مصالحهم الحكيم الذي يضع الشيء في موضعه . الرحيم الذي يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر .

ومع ذلك فهو نظام مؤسس على قواعد مضبوطة مرنة قابلة للتطبيق في كل حين مهما اختلفت الأزمان وتنوعت البيئات . طبقها الفقهاء باجتهادهم على ما جد في أزمانهم من أحداث ، ولم تقف بهم عند هذا الحد ، بل طاولتهم إلى عالم الفرض والتقدير . ففرضوا المسائل وقدروا لها الأحكام على ضوء تلك القواعد . ومن هنا تجمع لنا هذا التراث العظيم الذي لا يمدله أي تراث تشريعي آخر وهو — بحمد الله — لا يزال صالحاً للتطبيق رغم طعن الطاعنين الذين رموه بالجمود وعدم التطور مرة ، وأنه غير مستقل بذاته مرة أخرى فقد كشف الزمن أمرهم وأبان لنا حقيقة بهم بأنهم إما حاقده عليه أو جاهل به .

ولقد أدرك رجال القانون الغربيون — من زمن بعيد — ما في هذا الفقه من ميزات وما فيه من حلول لمشاكل الحياة فأخذوا منه الشيء الكثير ، ثم اعترفوا به كمصدر من مصادر القانون ، وأنه مستقل عن غيره وذلك في مؤتمراتهم العامة .

فال مؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة « لاهاي » في دورته الأولى عام ١٩٣٢ م يعترف أعضاؤه من فقهاء الألمان والانجليز والفرنسيين بأن الشريعة الإسلامية مرقة قابلة للتطور ، ولأنها إحدى الشرائع الأساسية التي سادت ، ولا تزال تسود العالم .

وفي دورته الثانية عام ١٩٣٧ م في نفس المدينة يقرر بإجماع الآراء القرارات الآتية :

أولاً : اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

ثانياً : اعتبارها حية قابلة للتطور .

ثالثاً : اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وذلك بعد أن تقدم مندوبوا الأزهر في المؤتمر ببحثين أحدهما في المسؤولية الجنائية ، والمسؤولية المدنية في نظر الإسلام ، ، وثانيهما عن « نفي العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني » .

وفي سنة ١٩٤٧ م انعقد مؤتمر المحامين الدولي بمدينة « لاهاي » أيضاً ، وقد شتركت فيه ثلاث وخمسون دولة ، وكان من ضمن قراراته بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه ما يلي :

اعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة ، وما له من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وبالتشجيع عليها .

وأخيراً تنبه رجال القانون عندنا إلى ما سبقهم إليه غيرهم ، فأخذوا طائفة كبيرة على أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ، وأدخلوها في تقنينهم ثم خطوا خطوة أخرى ، فجعلوا هذا الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون بمعنى أن القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفاً طبق مبادئ الشريعة الإسلامية ، كما قرر ذلك القانون المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة الأولى ونصها :

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى المرف »

فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة «^(١)

جاء في مقدمة المذكرة التفسيرية لمشروع ذلك القانون ما يلي

بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التي استند إليها المشروع ، وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية ، وقبل هذا وذاك أدخل المشروع في شأن الشريعة الإسلامية تجديدات خطيرة ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصري إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه ، والفروض التي لا يعثر فيها القاضي على نص التشريع ليست قليلة فسيرجع القضاء إذاً للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الأقضية ، وفي هذا فتح عظيم للشريعة الفراء ، لا سيما إذا لوحظ أن ما ورد في المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة دون كبير مشقة ، فسواء وجد النص أو لم يوجد فإن القاضي في أحكامه بين اثنتين . إما أن يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أخذ المشروع بنظريات عامة في الشريعة الإسلامية وبأحكام تفصيلية منها . ثم أفاضت المذكرة في بيان بعض هذه النظريات

وجاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدني الجديد بشأن موقف المشروع من الشريعة الإسلامية استمداً منها ، وجعلها مصدراً من مصادره ، كما ورد في مجموعة الأعمال التمهيدية جـ (١) ما يلي :

(١) وفي بعض المواضع يميل صراحة على أحكام الشريعة الإسلامية فأبادة ٣٢ تنص على أنه « يسري في شأن المفقود والقاتل والأحكام المقررة في قوانين خاصة فإن لم توجد فاحكام الشريعة الإسلامية ».

وثبتت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية الى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه ، ولا ينكر ما للفقهاء الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون العام في كثير من المسائل في مصر . وفي تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحي حري بأن يسان وأن يتفقه به ، واللجنة تسجل ما صادفت في المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية . بالأحكام الخاصة بنظرية التمسك في استعمال الحق ، وحوالة الدين ، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ، وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم في التقنيات القريبة . وإن كان فقهاء الشريعة قد فعلوا الى ما حوت من أحكام أحكموا مسبقه وتطبيقه على ما عرض في عصورهم من أفضلية لقرون خلت قبل أن يظهر شيء من ذلك بهال فقهاء الغرب ، أو من تولوا أمر التشريع فيه .

ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفي أن يشار في صدها الى ما تعلق بمجلس العقد ، وإيجار الوقف والحكر ، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعذر . هذا الى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالي أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع المريض مرض الموت ، والتبني وتبعية الهلاك في البيع ، وغرس الأشجار في العين المؤجرة والماء والسفل ، والحائط المشترك ، أما الأهلية والهبة ^(١)

(١) جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون : واستمد المشروع الاحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الاحوال الشخصية لقدري باشا . وبعد كلام تقول : والرجوع في الهبة نقلت أحكامه من الشريعة الإسلامية .

والشفعة ، والمبدأ الخاص بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة العملية .

وفي حدود هذا المصدر الثاني كان مسلك المشروع قوياً ارتاحت إليه اللجنة وأنست فيه انجهاً إلى تقدير ما للفقعة الإسلامي من مزايا أدركها علماء الغرب من زمن بعيد ، وبقي هل دول الشرق أن تحملها المحل الخلقى بها ، وأن تعبر عملياً عن اعتراضها بها ، وحرصها على استدامتها ، ولعل من ثافة القول أن يشار إلى أن هذا المسلك أضمن في رعاية ما للماضي من حرمة ، وأبلغ في قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقعة الإسلامي ، بجتهادهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه في معاملاتهم ، ولا ترى اللجنة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أي مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكيناً لأسباب الاستقرار من طريق تعصي التقاليد الصالحة التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين .

وهذا ولم يشترط شراح القانون في الأخذ بأحكام الفقعة الإسلامي غير مراعاة التنسيق ما بين الأحكام التي تؤخذ ، والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني^(١)

ولنا كبير الأمل في أن لا يقف أمر الفقعة الإسلامي في تشريعنا عند اقتباس بعض الأحكام منه أو الاحالة عليه عند عدم وجدان النص التشريعي في قانوننا المدني بل يتخطى ذلك إلى ما هو أعم منه وأشمل ، يتخطاه إلى أن يعاد له مكانته ويجعل هو الأساس للتشريع في جميع فروع القانون ، فهو فقه ولد في الشرق ، ونما وترعرع في تربته .

ونحن في عصر نهضة ثورية تهدف إلى القضاء على التبعية والانحياز في كل

(١) راجع الوسيط للدكتور الشنهوري ص ٥٤ وما بعدها .

ثمة ، نحة تقوم على الاكتفاء الذاتي والاستقلال في كل ناحية ، ولا يتم لنا ذلك إلا بتخليص تشريعنا من كل نص مخيل أو فكرة جاءتنا مع الاستعمار .

والفقه الاسلامي كغيره من القوانين له خصائصه وميزاته التي يمتاز بها من حيث نشأته وتطوره والأسس التي بني عليها ، والمصادر التي يستمد منها ، وفيه مذاهب عديدة تتفق في بعض لواحيها . وتختلف في بعضها الآخر .

لهذا ولغيره كان لابد من تمهيد لدراسته ينير الطريق أمام طالبه ، ويحمله ينير في بحثه وتقدم أحكامه على هدى ، تمهيد يعطي للطالب فكرة عامة ، ويرسم له صورة واضحة المعالم يرجع إليها إذا ما اشتبه عليه الأمر أو اختلط ، تمهيد يمتحن في الاصطلاح الحديث : بـ « المدخل » .

يعرف بهذا الفقه ونشأته ، وأدوار تكوينه ، وما طرأ عليه من عوامل كانت سبباً في ازدهاره في عصوره الأولى ، وأخرى كانت عاقبة له عن النهوض ومسايرة الزمن في عصوره المتأخرة ، كما يعرف بأشهر المذاهب الفقهية أصحابها ونشأها وطريقة تكوينها ، والتلاميذ الذين عملوا على نشرها ، واختلاف الفقهاء وأسبابه في العصور المختلفة ، ثم يبين في إيجاز مصادره . ما اتفق عليه منها ، وما اختلف فيه .

وبعد هذا يعرض للمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية ، ولبعض ما أثير حوله من شبهات يدفعها في هدوء ، ولكي يكون هذا المدخل وافيًا بالغرض منه تحقيقاً للقصود ، ينبغي أن يبين نحو بعض النظريات العامة فيعرضها بإيجاز لما فيها من قواعد ومصطلحات ، يحدد ما طالب الفقه في طريقه يتعثر فهمه بها ، إذا لم يكن واعياً لها ، ملماً بمناها من قبل ؛ كتنظير الملكية أسبابها وأنواعها ، والمقد وتكوينه ، والشروط المقترنة به ومدى تأثيرها فيه ، والأهلية وعوارضها والولاية ، والنيابة وتقسيمات العقود ، وما يتأثر به العقد في صحته أو لزومه ، إلى غير ذلك من البحوث التي لا غنى عنها لمن أراد دراسة الفقه .

وعلى ذلك ينقسم هذا المدخل حسباً يقضي به منطق البحث إلى قسمين :
القسم الاول في التعريف والتاريخ ، وما يتعلق بذلك من الممارسة وغيرها .
القسم الثاني في بعض النظريات الفقهية قواعدها ومصطلحاتها .

وبعد فلما كان ما يكتبه الانسان لا يستقر على وضع معين بل هو عرضة
للتغيير والتبديل كلما أعيد النظر فيه كما يقول المهاد الأصماني « إني رأيت أنه
لا يكتب انسان كتاباً في يوم إلا قال في غده أو بعد غده لو غير هذا لكان
أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك
هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على
جثة البشر » .

وإذا أضفنا إلى هذا ما نراه من تطور مستمر في محيط الدراسة في جامعاتنا
المصرية كي تتفق مع واقعنا الذي نعيش فيه كان لابد من إعادة النظر في هذا
الدخسل بالزيادة والتنقيح . زيادة بعض المباحث وحذف البعض الآخر أو
اختصاره ليتجاوب مقرر الشريعة مع ذلك التطور .

والله أسأل أن يعصمني من الزلل وأن يجعله واقياً بالفرض إنه أكرم مسؤول
وهو ولي التوفيق .

المؤلف

القسم الاول

في التعريف بالفقه الإسلامي وبيان أدواره وإصوله وما يتبع ذلك
من الكلام على المذاهب والمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية

التشريع والمجتمع

التشريع مأخوذ من الشريعة . ويراد به سن الشرائع والأحكام . كما أن شرع معناه أنشأ الشريعة وسن قواعدها . ومنه قوله تعالى « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه »^(١) وقوله : « أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله »^(٢)

والشريعة هي جملة الأحكام المشروعة ، فإن كان مصدرها السماء بأن نزل بها الوحي سميت شريعة ساءية ، وإن كانت من وضع البشر سميت شريعة وضعية .

والشرائع أيًا كانت نوعها ساءية كانت أو وضعية لا توجد إلا حيث يوجد المجتمع البشري ، لأن المجتمع يعيش بروابط بين أفراد ، وهذه الروابط تحتاج إلى قانون ينظمها ، فإذا لم يوجد المجتمع انعدمت الروابط ، وإذا انعدمت الروابط لم يكن ثمة حاجة إلى القانون ، ولذلك اتفق العلماء على أن تاريخ الشرائع مصاحب لتاريخ العمران في هذا الوجود^(٣) ، لأنه لا عمران إلا باجتماع ، ولا اجتماع إلا باتفاق على طريقة توزيع العيش ، ولا اتفاق إلا بقواعد محددة حقوق كل فرد وواجباته ، وهذه القواعد لا تحقق الغرض المقصود منها إلا إذا وجدت سلطة تقررهما وتحافظ عليهما .

(١) - الشورى - ٢٠ ، ١٣ ، ٢١

(٢) - والانسان لا يستطيع أن يعيش منفرداً لأنه مدني بطبعه كما يقول الحكماء أي لا بد له من الاجتماع الذي هو المدنية في اصطلاحهم وهو العمران كما يقول ابن خلدون في مقدمته .

حاجة الناس إلى التشريع

والإنسان في حياته محتاج إلى التشريع ، لأنه خلق ومعه قوتان متنازعتان قوة الشهوة التي تدفعه إلى الشر ، فيتجاوز حدوده بانتهاك الحرمات والاعتداء على الغير ، وقوة العقل التي تدعوه إلى الخير ، فيسير في الطريق المستقيم معتدلاً في كل شيء ، والعقل وحده لا يستطيع مقاومة الشهوة ، لأن الدنيا مليئة بالمغريات التي تثير في النفوس عوامل الشر ، فيندفع الإنسان إلى تحقيق رغباته التي لا تقف عند حد ، والتاريخ أصدق شاهد على ذلك ، فكمن حوادث وقعت آثارها شهوة جامحة عجز العقل عن كبحها أعقبتها شرور وآثام ؟

ومن هنا كان لا بد للعقل من معين يسانده حتى تتغلب قوة الخير ، أو على الأقل تتعادل القوتان ، ويصبح الإنسان - بحق - خليفة الله في أرضه يقيم حدوده ويرعى محارمه . هذا المعين هو القانون الذي يميز الخير من الشر ، ويبين لكل فرد ماله من الحقوق ، وما عليه من واجبات .

والقوانين الوضعية مهما ارتقت لا تحقق ذلك على أكمل وجه لأنها تتساج الفكر الإنساني ، والعقل البشري الذي عجز أول الأمر عن مقاومة الشر ، ولا أدل على هذا من كثرة التعديل والتغيير فيها لتتلاقى عيوبها ، وسد الثغرات التي تتكاثر في بنائها كلما طال زمن تطبيقها .

ويرجع ذلك إلى تفاوت العقول البشرية في إدراكها للأمور ، واختلاف مقاييس الخير والشر في نظرهما ، وقصر إدراكها لحقائق الأشياء الغامضة ، وعدم استطاعتها كشف ما يهيء به المستقبل من أحداث ، وعدم عصمتها من الاندفاع وراء الشهوات ، وأخير أخلوها من عنصرَي الدين والأخلاق الذين يرجع

إليها الفضل في تهذيب النفوس ، وبها يعم التنظيم ظاهر الإنسان وباطنه .

ولهذا كله كان الإيمان بتلك القوانين ضعيفاً ، والخضوع لها منشؤه الخوف من الوقوع تحت طائلة العقاب ، فإذا أمن المرء جانبه لم يكن في نفسه أثر لمهية ولا احترام ، ولم يكن بد من الرجوع إلى قانون آخر يملك على الناس مشاعرهم باطنهم وظاهرهم على حد سواء ، حتى يقع الامتناع له عن رضا ورغبة لا عن خوف ورهبة ، ولن يكون إلا من صنع خالق البشر العليم بأسرار النفوس وخفاياها ، وأسرار المستقبل وما يحيط به من أحداث .

والله سبحانه الذي خلق الإنسان وجعله خليفته في أرضه ليعمرها إلى حين ثم يحاسبه على ما قدمت يدها فيجازيه على ذلك إن خيراً فخير وإن شراً فشر . لا يترك هذا الإنسان بدون تشريع ينظم حياته ويقم العدل بين أفرادهِ وكيف يتركه وهو الحكيم الخبير البر الرحيم بعباده ؟!

يقول جل شأنه : « إنا أرسلناك بالحق بشيراً ونذيراً وإن من أمة إلا خلا فيها نذير ^(١) » ، ويقول « ورسلاً قد قصصناهم عليك من قبل ورسلاً لم نقصصهم عليك وكلم الله موسى تكليماً . رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً ^(٢) » .

« وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ذكرى وما كنا ظالمين ^(٣) » أي رسل يذكرّون . والمعنى : ما أهلكنا من أمة من الأمم إلا بعد انذارهم وبعث الرسل إليهم وقيام الحجة عليهم كما في قوله تعالى : « وما كنا ممضين حتى نبعث رسلاً ^(٤) »

(١) فاطر - ٢٤ (٢) النساء - ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٣) الشعراء - ٢٠٨ ، ٢٠٩ (٤) الاسراء - ١٥ .

سبق الشرائع السماوية في الوجود

والشرائع السماوية نزلت من أول وجود المجتمع البشري من عهد آدم عليه السلام . فلقد ثبت أنه نبي أرسل إلى أولاده ، لأنه لا يعقل أن يجعله الله خليفة الأول في أرضه ليعمرها وينظم أمورها من غير أن ينزل عليه شريعة . ولقد صح فيها روى عن رسول الله من الأحاديث أن آدم نبي مرسل إلى أولاده .

روى أبو ذرّ الغفاري ، قال : قلت يا رسول الله أنبياء كان مرسلًا ؟ قال « نعم » أرسل إلى ولده وكانوا أربعين ولدًا في عشرين بطنًا في كل بطن ذكر وأنثى وتوالدوا حتى كثروا . كما قال تعالى « خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالاً كثيراً ونساء » ونزل عليه تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير (١) .

على أن القرآن في حكاية قصته صرخ بأنه أمر ونهى حتى قبل أن ينزل إلى الأرض « وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغداً حيث شتتا ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين فأزلهما الشيطان عنها فأخرجها مما كانا فيه ، وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدوؤكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين . فتلقى آدم من ربه كلمات فتاب عليه إنه هو التواب الرحيم » قلنا اهبطوا منها جميعاً إلا ما أتيناكم مني هدى فمن تبع هداي فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون . والذين كفروا وكذبوا بآياتنا أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » (٢) .

ويقول سبحانه في سورة طه (٣) « قال اهبطا منها جميعاً بعضكم لبعض عدو فأما يتبينكم مني هدى فمن اتبع هداي فلا يضل ولا يشقى ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكاً ونحشره يوم القيامة أعمى » .

(١) تفسير القرطبي ج ١ ص ٢٢٥ .

(٢) البقرة - ٣٥ - ٤٠ (٣) ١٢٣ ، ١٢٤ .

ومن يقرأ قصة ولدي آدم يجد فيها ما يفيد أنه كانت لهم شريعة محرم ومحل
وبينت الجزاء الأخروي :

«وَأَنزَلْنَا عَلَيْهِم نَبَأَ ابْنِي آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتَقَبَّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ
مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ لَئِنْ بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي
مَا أَنَا بِبَاسِطِ يَدَيَّ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ
تُبَوَّهَ بَأْثَمِي وَإِنَّكَ فَتَكُونُ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ» (١) النخ
الآيات .

فهذه الآيات تقيد في صراحة مشروعية تقديم القرбан لله وتحريم القتل وأن
المتدي يعاقب في الآخرة وأن الله يقتص من الظالم للظالم إلى غير ذلك مما
يلهم من إشارة الآيات .

ثم تعاقبت الرسائل فكان كل رسول يرسل إلى قومه بشريعة ثلاثهم مما
قصه الله في القرآن في آيات كثيرة إلى أن انتهت وختمت برسالة محمد عليه الصلاة
والسلام .

مدى الاختلاف في الشرائع السابوة :

وهذه الرسائل وإن اختلفت أزمانها لم تكن تختلف عن بعضها إلا فيما
يختلف باختلاف الأزمان وهي الأحكام العملية كما صرح بذلك القرآن « لكل
جعلنا منكم شريعة ومنهاجاً » (٢) .

أما فيما لا يتغير بتغير الأزمان والأمكنة كالمبادئ فإنها اتفقت فيها كلها .
يقول تعالى : « وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله
إلا أنا فاعبدون » (٣) .

(١) المائدة - ٢٧ - ٣١ (٢) المائدة - ٤٨ .
(٣) الانبياء - ٢٥ .

ويقول لنييه : « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم
ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن
تولوا فقولوا أشهدوا بأننا مسلمون (١) » .

ويقول : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك
وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على
المشركين ما تدعوهم إليه الله يحتي إليه من يشاء ويهدي إليه من ينيب (٢) »
يحتي . يصطفي ويختار لرسالته من يشاء .

لذلك كان الإيمان بالرسل السابقين وكتب الله التي أنزلها إليهم جزءاً من
الإيمان في كل شريعة ، وأن التفريق بين رسل الله بالإيمان ببعض والكفر
بالبعض الآخر مخالف للإيمان الصحيح .

يقول جل شأنه . « آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن
بالله وملائكته وكتبه ورسله لا تفرق بين أحد من رسله وقالوا سمعنا وأطعنا
غفرانك ربنا وإليك المصير (٣) » .

ويقول : « قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى إبراهيم وإسماعيل
وإسحق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى وما أوتي النبيون من ربهم
لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون (٤) » .

ويقول : « قل آمنا بالله وما أنزل علينا وما أنزل على إبراهيم وإسماعيل
وإسحاق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى والنبيون من ربهم لا نفرق
بين أحد منهم ونحن له مسلمون (٥) » .

(١) آل عمران - ٦٤ (٢) الشورى - ١٣ .

(٣) البقرة - ٢٨٥ (٤) البقرة - ١٣٦ (٥) آل عمران - ٨٤ .

الكتب السماوية يصلق بعضها بعضاً :

والرسالات السماوية كلها هدى ونور نزلت ليحكم بها عباد الله وهي تصدق بعضها بعضاً ، بل إن منها ما كان يبشر بالرسول الذي يأتي بعدها

فالقرآن يقول في شأن التوراة التي نزلت على موسى عليه السلام : **إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء^(١)** .

ويقول في شأن الإنجيل الذي نزل على عيسى عليه السلام : **« وقفنا على آثارهم بعيسى بن مريم مصدقاً لما بين يديه من التوراة وآتيناه الإنجيل فيه هدى ونور ومصدقاً لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين^(٢) »** .

وقال في شأن القرآن : **وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاجعل بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيها آياتكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون^(٣)** .

مهيمناً عليه : أمينا عليه وشاهداً وحاكماً عليه ، شرعة ومنهاجا : ميلاً وسنة .

ويقول : **« يا أهل الكتاب قد جاءكم رسولنا يبين لكم كثيراً مما كنتم تخفون من الكتاب ويعفو عن كثير قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين^(٤) »** .

(١) اللائدة - ٤٤ (٢) اللائدة - ٤٦ .

(٣) اللائدة - ٤٨ (٤) اللائدة - ١٥ .

أي يبين ما بدلوه وحرفوه وأولوه وافتروا على الله فيه ويسكت عن كثير مما غيره ولا فائدة في بيانه .
ولقد بشرت الكتب السابقة بخاتم الأنبياء .

وفي هذا يقول جل شأنه : « الذين يتبعون الرسول النبي الأمي الذي يجدونه مكتوباً عندهم في التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحمل لهم الطيبات ويعرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » (١) .

ويقول : « وإذا قال عيسى بن مريم يا بني إسرائيل إني رسول الله إليكم مصدق لما بين يدي من التوراة ومبشراً برسول يأتي من بعدي اسمه أحمد » (٢) .
ولكن أصحاب هذه الكتب أخفوا هذه البشارات كما أخفوا غيرها ثم غيروا كثيراً فجاء القرآن مبيناً حقيقة الكثير منه .

تلك رسالات الله تكمل بناء الشرائع السابوية وتجعل منه مناراً يهتدي به الناس ، وأن رسل الله كلمهم على حق وهم جميعاً يتكون منهم بناء واحد أبدهه الله على غير مثال كما أخبر رسول الله فيما رواه مسلم : « مثلي ومثل الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنى داراً فأكملها وأحسنها إلا موضع لبنة فجعل الناس يدخلونها ويتمتعون منها ويقولون: لولا موضع تلك اللبنة فكنت أنا موضع تلك اللبنة » .

وإذا كانت هذه الشرائع كلها من وحي الله أنزلها على رسله في فترات مختلفة وختمها بالشريعة الإسلامية التي رضيها لعباده « ورضيت لكم الإسلام ديناً » (٣) ، وجعلها الدين الصحيح « ومن يتبع غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين » (٤) .

(١) الاعراف - ١٥٧ (٢) الصف - ٦ .
(٣) المائدة - ٣ (٤) آل عمران - ٨٥ .

لزمنا التعريف بهذه الشريعة مبينين نشأتها وأدوارها التي مرت بها وهو موضوع دراستنا .

ولما كانت خاتمة الرسائل جاءت بحملة أحكام تمثل الشرائع في أكمل صورها بعضها يتعلق بالعقيدة ، وبعضها بتهديب النفوس ، وقسم ثالث ينظم العلاقات بين الناس وخالفهم وبين الناس بعضهم ببعض .

عرفت هذه المجموعات باسم الشريعة الإسلامية تارة ، والدين الإسلامي تارة أخرى ، وأحياناً يطلق عليها كلها أو بعضها كلمة الفقه الإسلامي .

لذلك كان من المستحسن أن نقدم الكلام على تلك الألفاظ الثلاثة لتبين معانيها اللغوية والاصطلاحية والفرق بينها .

الشريعة والدين والفقه والفرق بينها

الشريعة في لغة العرب تطلق على الطريقة المستقيمة ومن هذا المنى قوله تعالى « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ^(١) » .

ومثلها في ذلك الشريعة قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ^(٢) » أي طريقة مستقيمة لا اعوجاج فيها ولا التواء ، كما تطلق على مشرعة الماء وهو مورد الشاربة .

والفقهاء المسلمون يريدون بها « الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل » .

(١) المجتبه - ١٨ (٢) اللطمة - ٤٨ .

وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها وعدم انحرافها عن الطريق المستقيم
كما وأنها شبيهة بمورد الماء في أن كلا منها سبيل للحياة ، فهي تحيي النفوس
والقول وهو يحيي الأبدان .

والإسلامية نسبة إلى الإسلام ، والإسلام لغة مصدر أسلم ، وهو يستعمل
في الاصطلاح الشرعي . بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم لقضائه
وأحكامه والرضى بها .

ومنه قوله تعالى : « إذ قال له ربه أسلم قال أسلمت لرب العالمين ^(١) » ، « وأنبيوا
إلى ربكم وأسلموا له ^(٢) » ، « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة
لك ^(٣) »

كما استعمل في عقيدة التوحيد المشتركة بين الديانات السماوية كلها ولذلك صح
وصف الأنبياء والرسل السابقين بأنهم مسلمون ، يحكم بها النبيون الذين أسلموا ^(٤)
« ما كان إبراهيم يهودياً ولا نصرانياً ولكن كان حنيفاً مسلماً ^(٥) » ، « فلما
أحسن عيسى منهم الكفر قال من أنصاري إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله
آمنّا بالله واشهد بأنا مسلمون ^(٦) » .

واشتهر استعماله بمعنى الدين الذي بعث الله به محمداً صلى الله عليه وسلم ،
ومنه قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم
الإسلام ديناً ^(٧) » وقوله : « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ^(٨) » وقوله
« إن الدين عند الله الإسلام ^(٩) » « فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره
للإسلام ^(١٠) » .

(١) البقرة - ١٣١ (٢) القزمو - ٥٤ (٣) البقرة - ١٢٨ .
(٤) المائدة - ٤٤ (٥) آل عمران - ٦٧ (٦) آل عمران - ٥٢ .
(٧) المائدة - ٣ (٨) آل عمران - ٨٥ (٩) آل عمران - ١٩ .
(١٠) الأنعام - ١٢٥ .

وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشرعية الإسلامية ، فيشمل كل ما جاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية .

فالشرعية الإسلامية أو الاسلام مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي على محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه .

وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

١ - ما يتعلق بالعقائد الأساسية . كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته ، وبالإيمان به وبرسوله وكتبه واليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء ، وقد تكفل بهذا النوع علم الكلام .

٢ - ما يتعلق بتهديب النفوس وإصلاحها . كالأحكام المبينة للفضائل التي يجب أن يتحلى بها الإنسان . كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد والشجاعة والأيثار والتواضع والاحسان والعفو والصفح ، والأحكام المبينة للردائل التي يتحتم على المرء أن يتخلى عنها كالكذب والخيانة وخلف الوعد والجبن والأنانية والتكبر والإساءة إلى الغير والانتقام ، وما إلى ذلك مما تكفل ببيانه علم الأخلاق .

٣ - ما يتعلق ببيان أعمال الناس وتنظيم علاقاتهم بخالقهم كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وتنظيم علاقات بعضهم ببعض كأحكام البيوع والهبة والابحار والرهن والزواج والطلاق وغيرها . وقد انفرد بهذا النوع علم خاص يسمى علم الفقه .

والدين في اللغة يطلق على معان كثيرة . منها ما يتدين به الشخص من الاسلام وغيره ، والطاعة والخضوع ، والجزاء والمكافأة ، والحساب ، والسلطان وغير ذلك ، وقد وردت في القرآن لعدة معان في أكثر من تسعين

آية « إن الدين عند الله الاسلام » (١) « لكم دينكم ولي دين » (٢) « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك » (٣) « والذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين » (٤) .

وهي بوجه عام تدل على علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ، ويخضع له ، فتكون في أحدهما طاعة وخضوعاً « وفي الآخر أمراً وسلطاناً ، والرباط الذي يربط الطرفين هو ما يدان به .

وهذا المعنى اللغوي يعم كل طاعة وخضوع ، كما يشمل كل ما يدان به من شلق وعادة ومذهب .

والشريعون يريدون به خضوعاً خاصاً وهو خضوع المبدل له الذي خلقه كما يريدون بما يدان به أحكاماً خاصة شرعها الله لعباده ليتعبدوا بها ثم يحاسبهم عليها في الآخرة .

ومن يتتبع كلمة الدين في آيات القرآن التي أريد بها الأحكام المشروعة يجد أنها تطلق في آيات ويراد بها ما يرادف الشريعة ، وفي أخرى يراد بها ما هو أخص من ذلك ، وهو العقائد الأصلية والمبادئ التي اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها .

فمن الأول قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » ، وقوله « إن الدين عند الله الإسلام » ، وقوله « لكم دينكم ولي دين » ، وقوله « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه » .

فهذه الأحكام التي نزل بها الوحي تسمى شريعة من جهة أن الله شرعها وأنشأها وتسمى ديناً من ناحية أن العامل بها يدين الله تعالى بعمله ويخضع له مبتغياً رضاه

(١) آل عمران - ١٩ (٢) الكافرون - ٦ (٣) الشورى - ١٣

(٤) الشعراء - ٨٢ .

ومن الثاني قوله تعالى : « أَلَا اللَّهُ الدِّينُ الْخَالِصُ وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ مَا نَنْبَغُهُمْ إِلَّا لِقَابُ رَبِّهِمْ إِلَى اللَّهِ زُلْفَى » (٢٦) ، وقوله « شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ » الآية ، فإن كلمة الدين في هاتين الآيتين لا تتناول إلا ما اتفقت عليه الرسالات كلها وهو توحيد الله والإخلاص له في العبادة الذي دل عليه قوله تعالى : « وما أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا نُوحِي إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدُونِ » (٢٧) .

وقول رسول الله ، « نحن معشر الأنبياء أولاد علات ديننا واحد » (٢٨) .

ولا تتناول التشريعات التي اختلفت فيها الرسالات مما يدل عليه قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » (٢٩) .

والفقه لغة هو الفهم والفتنة . يقال .. افقه عني ما أقول لك . أي افهمه وأفطنه .

وقال الراغب الأصفهاني ، « الفقه معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه .

ولقد استعمل القرآن كلمة الفقه في الفهم الدقيق . قال تعالى « فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين » (٣٠) . وقال « لهم قلوب لا يفقهون بها » (٣١) وقال « فما هؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً » (٣٢) . « قالوا يا شُعَيْبُ مَا مَا نَفَقَ كَثِيراً مَا تَقُولُ » (٣٣) .

(١) الزمر - ٣ (٢) الانبياء - ٢٥ .

(٣) بنو العلات : أولاد الرجل من نوسة شتى . معيت بذلك لأن الذي زوج امرأة أخرى بعد الأولى يكون قد تمتع بالثانية بعد تمتعه بالأولى وهو مأخوذ من قولهم : علل بعد نيل . أي شرب ثانياً بعد الشربة الأولى .

(٤) راجع تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦٦ ، ٦٧ ص ١٠٩ .

(٥) التوبة - ١٢٢ (٦) الاحزاب - ١٢٩ (٧) النساء - ٧٨

(٨) هود - ٩١ .

ولذلك قال ابن القيم في إعلام الموقعين ^(١) : والفقه أخص من الفهم ، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه ، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مرتبتهم في الفقه والعلم .
ثم استعمل في عرف الإسلام في نوع من الفهم العميق ، وهو فهم الأحكام الشرعية .

يدل لذلك الآية السابقة « لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ » وقول رسول الله « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » .
ولقد كان في صدر الإسلام يطلق على فهم الأحكام الشرعية كلها اعتقادية كانت أو عملية فكانت كلمة الفقه مرادفة لكلمة الشريعة والدين بمعناه الأعم .
كما كان يطلق على نفس الأحكام يدل لذلك قول رسول الله « رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه » .

استمر ذلك الاطلاق الشامل حتى عصر الأئمة . فأبو حنيفة عرف الفقه . « بأنه معرفة النفس مالها وما عليها » وكان يسمى علم الكلام بالفقه الأكبر . ولما تمايزت العلوم وشاع التخصص بين العلماء ضاقت دائرة الفقه وأصبح مختصاً بنوع من الأحكام . وهو الأحكام الشرعية العملية ، فكان يطلق مرة على معرفة تلك الأحكام ، وأخرى على نفس الأحكام التي تستنبط بالاجتهاد .

وتبع هذا التخصص تخصيص لفظ الفقهاء بمن يعرف هذا النوع من العلم . ويعرف على الاطلاق الأول : بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية .

وعلى الثاني : بأنه مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الاسلام سواء أكانت

شرعتها بنص صريح من القرآن والسنة أم بالاجماع أم باستنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

ولما شاع التقليد بين الفقهاء توسع في إطلاقه فأصبح يطلق على مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي صراحة والتي استنبطها المجتهدون ، وما خرجة المقلدون على قواعد أئمتهم وأصولهم .

وأضحى هذا المجموع هو المسمى بالفقه ، ومن يشتغل به أو يحفظه يسمى فقيهاً ، وما تقدم يتبين لنا أن الفقه أخص من الشريعة وليس مساوياً لها ^(١) .

وهذا الفقه نظام شامل ينظم علاقات الإنسان بخالقه ، والعلاقات بين الأفراد والجماعات ، والدولة الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب ، ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين ^(٢) . عبادات ، وعادات ، وهذا التقسيم مناه اختلاف المقصود الأصلي منها ، فما كان الغرض الأول منه التقرب إلى الله وشكره وإبتغاء الثواب في الآخرة ، فهو من قسم العبادات ، كالصلاة والصيام ، والحج والجهاد لتكون كلمة الله هي العليا ، والنذر في القربات .

(١) ومن الباحثين من يرى أن الشريعة مساوية للفقه لأنه اختار أنها اسم للأحكام العملية فقط وأنها أخص من الدين . واجمع تفسير المنار ج ٦ ص ١٢٤ وما بعدها . ولعله يستند في ذلك إلى قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » فإنها تنيد بظاهرها أن كل رسول له شريعة خاصة والاختلاف بين رسالات الرسل إنما هو في الأحكام العملية دون الاعتقادية والأخلاقية .

(٢) قسم فقهاء الشيعة الإمامية موضوعات الفقه إلى أربعة أقسام . العبادات ، والمقود ، والایقاعات ، والأحكام . ووجه الحصر . أن البحوث عنه في الفقه إما أن تتعلق بالأمور الأخروية أو الدنيوية ، فإن كان الأول فهو عبادات ، أما الثاني فلما أن يحتاج إلى صيغة أولاً ، فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام كالدييات والقصاص والبراء والأطعمة وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد سمي بالإيقاعات ، كالطلاق والعتق والنذر ، وإن كان من طرفين سمي بالمقود ، ويدخل فيها المعاملات والتكاح ، مقدمة المختصر النافع .

وبعض فقهاء أهل السنة يقسمونه إلى أربعة أقسام عبادات ومناكحات . وماملات وعقوبات واجمع المجلة العدلية في أول مادة منها .

وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية ، أو تنظم علاقة بين فردين ، أو جماعتين وما شاكل ذلك فهو من القسم الثاني « المبادئ » كالبيع والإجارة والمزارة والشركة والحالة والكفالة والرهن وغيرها .

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرغ عن الفرق السابق ، وهو أن الأصل في المبادئ أن العقل لا يستطيع إدراك السر الحقيقي لتشريعها تفصيلاً ، وبمجرد العلماء عن ذلك بأنها غير معقولة المعنى ، جاءت بها النصوص أمرة أو ناهية ، لا يعلم حقيقتها إلا الله ، وكل ما نعرفه من حكمها وعليها بما ورد به النص ، أو عرف بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إياحة ولا إلغاء .

ولذلك ضلت العقول ضلالاً كبيراً فيها في زمن الفترات ، فغلطوا الحق بالباطل « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية » (١) ، ما نصيهم إلا ليقرّبوا إلى الله زلفي (٢) .

ولا أدل على أنها مقصورة على التعمد مما مرّ من أمور كثيرة يعجز العقل عن إدراكها ، وإن أدركها فإنما يكون على وجه الإجمال لا التفصيل .

وأما المبادئ فالأصل فيه أنها معقولة المعنى ، يدرك العقل كثيراً من أسرارها ، ولذلك نرى العقلاء في زمن الفترات استعملوا عقولهم في تشريعها ، فأصابوا في الكثير منها ، وإن كان التوفيق جانبهم في بعضها الآخر ، ولما جاء الإسلام أقر مما كانوا يتعاملون به أموراً غير قليلة .

يرشدنا إلى ذلك أسلوب التشريع فيها ، فهو لم يعمد إلى التفاصيل ، بل جاء بالأصول الكلية ، والقواعد العامة ثم أكثر من التمثيل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق بها تغير الزمن واختلفت البيئات ، وأما المبادئ وما ألحق بها فهي

(١) الانفال - ٣٥ (٢) الزمر - ٣

على العكس من ذلك ، فالقرآن جاء بها إجمالاً ، والرسول بينها أتم بيان .

ثم إن المواد عنهم تنقسم إلى مجموعات اختلف الفقهاء في عددها حسب اختلاف أنظارهم ، ويمكن تسمية كل مجموعة باسم خاص .

والفقهاء لم ينهوا طويلاً في طريق الفصل بين هذه المجموعات - كما فعل رجال القانون الوضعي - لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم . حيث لم يكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق فالقضاء موحد ، والإجراءات تكاد تكون واحدة ، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال ، وما يتعلق بغيرها .

ومع هذا فإننا نجد الفقه الإسلامي جاء بجميع فروع القانون الوضعي الحديث . العام منه والخاص .

فالقانون العام الخارجي : وهو المسمى بالقانون الدولي العام بمحطه الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها^(١) . وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها ، وهي مجموعة تحت عنوان السير^(٢) . والمغازي . وجميع كتب الفقه في المذاهب المختلفة عرضت هذا النوع عرضاً وافياً . كما أن الفقهاء ألفوا فيه . تأليف خاصة ، ككتابي السير الصغير . والسير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة ، وكتاب السير للإمام الأوزاعي إمام أهل الشام ، وكتاب الرد على سير الأوزاعي للإمام أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة وغير ذلك مما حوته المكتبة الإسلامية

(١) من عقد الصلح بعد الحرب والمعادن وتلك أموال الغنائم ومعاملة الأسرى والتصرف فيهم ومعاملة غير المسلمين من أهل الذمة والمستأمنين والحروبين وغير ذلك .

(٢) سميت بالسير لأنها تبين سيرة المسلمين في المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومسح المرتدين عن الإسلام وغيرهم من التميمين والمستأمنين وأهل العهد ، وسميت بالمغازي لأنت أصلها غزوات الرسول صلى الله عليه وسلم .

والقانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة : الدستوري ، والاداري ، والمالي
والجنائي بمجته الفقهاء ما بين موسع ومضيق .

فالجنائي مجموع في أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان « الجنائيات
وقطاع الطريق ، والحدود والتعزيرات ، وفيها تفصيل لأنواع الجنائيات ،
وتبيان للمقوبات التي قدرها الشارع لبعض الجنائيات وتعرف بالحدود ،
والمقوبات التي تركها من غير تقدير مفوضة إلى أولي الأمر من الحكام والقضاة
وتعرف بالتعزيرات .

والقانون المالي ، بمجته الفقهاء في مواضع متفرقة من كتب الفقه العامة
عند الكلام على الزكاة ، والعشر والخراج ، والجزية ، والركاز وغيرها ، وفي
كتب خاصة . ككتاب الخراج لأبي يوسف تلميذ أبي حنيفة وقاضي القضاة في
عهد هارون الرشيد ألفه لما طلب منه الخليفة وضع كتاب تيسر عليه الدولة
في السياسة المالية ، وهذا النوع بوجه عام يبحث في تنظيم بيت المال خزانة
الدولة ، ببيان موارده والأموال التي توضع فيه ، والوجوه التي تصرف فيها
هذه الأموال .

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة وبين السلطات
العامة فيها ، ويوزع الاختصاصات بينها ، ويحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين
هذه السلطات ، وبين الحريات العامة ، وحقوق الأفراد قبل الدولة ، أو كما
يقول الفقهاء : إنه ينظم علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وبيان كيفية اختيار
الولاة وشروطهم ، وحقوق الناس عليهم ، وأحكام العدل والمساواة والشورى .
والقانون الاداري : وهو مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية
في أداء وظيفتها . وقيامها على أمر المرافق العامة ، فلم تعرض لها كتب الفقه
بهذا العنوان وإنما عرضت لها بعنوان السياسة الشرعية ، أو الأحكام السلطانية
وفيها كتب خاصة مثل كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية المتوفي سنة ٧٢٨ هـ

وكتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي المتوفي سنة ٤٥٠ هـ
وكتاب الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الحنبلي المتوفي سنة ٤٥٨ هـ
والقانون الخاص بفروعه .

القانون المدني المنظم للأحوال المعينة فهو قسم من المعاملات في الفقه
الإسلامي التي تنظم الأحوال كلها عينية كانت أو شخصية ^(١)

والقانون التجاري . بحث الفقهاء منه ما كانوا يحتاجون إليه في زمنهم في
أبواب الشركات والمضاربة والتفليس . ثم جعلوا العرف حكماً فيما يحد فيها ،
لأن التجارة حينذاك لم تكن تشعبت وتعقدت صورها كما هي عليه الآن ، بل
كانت سهلة يسيرة

وأخيراً نجد قانون المرافعات . وهو مجموعة القواعد التي تبين ما يجب اتخاذه
من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون المدني والتجاري ؛ فهو يتبع
الدعوى منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها .

هذا القانون بحث الفقهاء أحكامه في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة ،
بينوا فيها كيفية رفع الدعوى ، وما يجب اتخاذه من خطوات حتى تنتهي بالحكم
فيها ، والدعوى الصحيحة التي تسمع ، وغير الصحيحة التي لا تسمع أمام القضاء .

(١) هذا التسمي اصطلاح قانوني غير موجود في الفقه الإسلامي ؛ ولقد حدد قانون تنظيم
القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الموراني متميز من الأحوال الشخصية ليشتمل اختصاص القضاء
الشرعي والأهلي حينذاك فال مادة ١٣ - منه تنص على أن الأحوال الشخصية تشمل النزاعات
والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق
الزوجين وواجباتها المتبادلة ، والمهر والنوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق
والنفقة ، والبنوة والإقرار بالابوة وإنكارها والملاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة
للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والرعاية والقيام بالحجر والاذن بإدارة
والنقبة واعتبار الفقود ميتاً وكذلك النزاعات والمسائل المتعلقة بالوراثة والرعاية وغيرها من
التصرفات المضادة إلى ما بعد الموت .

وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية وما تراه من نقص في تفصيل بعض فروع القانون يمكن تكميله على ضوء قواعده العامة ، وأصوله المرنة .

نشأة الشريعة الإسلامية

ظهرت هذه الشريعة أول ما ظهرت في شبه الجزيرة العربية ، ولمع أول شعاع من نورها في أوائل القرن السابع بعد ميلاد المسيح عليه السلام سنة ٦١٠ م . ظهرت بنزول الوحي لأول مرة على محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه . ونمت في هذه القرية ، واستقام عودها ومنها خرجت إلى البلدان الأخرى .

وإذا كان للبيئة تأثير كبير في كل شيء فلا نستطيع في دراستنا لتاريخ هذه الشريعة أن نلغي حالة العرب قبل الإسلام . فنعرض بإيجاز لحالاتهم العلمية والدينية والقانونية لتقف منها على البواعث الداعية لإزالة هذه الشريعة .

حالة العرب قبل الإسلام

كانت الأمة العربية - في مجموعها - أمة لا تعرف القراءة ولا الكتابة ولا علم الحساب يقول الله تعالى : « هو الذي بعث في الأميين رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين »^(١) ويقول الرسول الكريم : « بعثت إلى أمة أمية » ، وفي حديث آخر « نحن أمة أمية لا نحسب ولا نكتب . الشمر هكذا وهكذا وهكذا ، مشيراً بأصابعه »^(٢) .

(١) الجمعة - ٢

(٢) فسر الأمية في هذا الحديث بأنها لا تحسب ولا تكتب أي لا تعرف علم الحساب ولا الكتاب ، والامي منسوب إلى الأم ، وهو الباقي على أصل ولادة أمه لم يتلم كتاباً ولا غيره فهو على أصل خلقته التي ولد عليها ، راجع الموافقات ج ٢ ص ٦٩ وتفسير القرطبي ج ٧ ص ٢٩٨ .

وبعث الله فيهم رسولا منهم أميّا كما أخبر بذلك القرآن في الآية السابقة ، وفي آيات أخرى كقوله تعالى « الذين يتبعون الرسول النبي الأمي »^(١) وقوله « فأمنوا بالله ورسوله النبي الأمي »^(٢) وقوله « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تحطه بيمينك إذا لارتاب المبطلون »^(٣)

تعاونت هذه الأمية مع البداوة على إبعاد العرب حينذاك عن الحضارة والعلم ، فلم تكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها ، ولا علوم مدونة في كتب يدرسونها ، وليس معنى هذا أنهم تجردوا من كل فضل . بل كان لهم نصيب من ذلك وإن اختلط فيه الطيب بالخبث .

يقول الأستاذ أحمد أمين^(٤) . ولم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا آثاره من اليهودية والنصرانية وقليل من الحكمة والفلسفة من طريق غير معبد ومع هذا فإنهم لم يرثوا مدنية وعلمًا عن أمم حكومهم وتعاقبوا عليهم ، فقد أورثهم استقلالهم أنفة وعزة واعتداداً بالنفس وحرية تجاوزت الحد ، حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكاً أجمعين^(٥) .

ويقول الشاطبي في موافقاته^(٦) « واعلم أن العرب كان لهم اعتناء بعلوم ذكرها الناس ، وكان لغلاهم اعتناء بكارم الأخلاق واتصاف بمحاسن الشيم . فصعحت الشريعة منها ما هو صحيح وزادت عليه وأبطلت ما هو باطل . وبينت منافع ما ينفع ومضار ما يضر منه .

وهذه العلوم عرفوها بالتجربة مما يتلام مع حياتهم البدوية وقد كان منها

(٣) التكميل - ٥٨ .

(١) ، (٢) الاعراف - ١٥٧ ، ١٥٨

(٤) فجر الإسلام - ٢١١

(٥) ج ٢ - ٧١

الصحيح الذي جاء القرآن مقررًا له ، والفاسد الذي أبطله وشدد التكبير على من أخذه به .

من ذلك علم النجوم وما يختص بها من الاهتداء في البر والبحر واختلاف الأزمان باختلاف سيرها ، وقد أقره القرآن في آيات كثيرة^(١)

ومنها علم الأنواء^٢ يعرفون به أوقات نزول المطر ، وهبوب الرياح المثيرة لها وإنشاء السحاب ، وكانوا يضيفون نزول الأمطار وهبوب الرياح والحر والبرد إلى الأنواء فأبطل القرآن ذلك وبين أن الله هو صاحب القدرة على هذه الأشياء ولا دخل للكواكب في شيء منها^(٣) .

ومنها علم التاريخ وأخبار الأمم الماضية ، فأفهم القرآن بأخبار الغيب التي

(١) منها « وهو الذي جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر » « والنجم م يتدون » وهو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب » « يسألونك عن الأمة قل هي موافيت للناس والحج »

(٢) الأنواء جمع نوء وهو - كما يقول الزغشري في أساس البلاغة - أن يسقط نجم مع طلوع الفجر ويطلع في حباله نجم على رأس أربعة عشر منزلاً من منازل القمر . فيسمى ذلك السقوط والطلوع نوءاً . وفي القاموس لنوء النجم مال للغروب ، أو سقوط النجم في المغرب مع الفجر وطلوع آخر يقابله في ساعته في المشرق .

(٣) قال تعالى « والله الذي أرسل الرياح فتثير سحابا فسقناه إلى بلد ميت فأحييناه به الأرض بعد موتها » « وأرسلنا الرياح لواقح » « وينشأ السحاب الثقال » وفي الحديث القدسي « أصبح من عبادي مؤمن بي وكافر فأما من قال . مطوتا بفضل الله ورحمته فذلك مؤمن بي كافر بالكواكب ومن قال مطرنا بنوء كذا وكذا وكذا فذلك كافر بي مؤمن بالكواكب »

لا يغرفونها « تلك من أنباء الغيب نوحيها إليك ما كنت تعلمها أنت
ولا قومك من قبل هذا » (١) .

ومنها علم الشعر وروايته والتفنن في فنون البلاغة ، والخوض في وجوه
الفصاحة ، والتصرف في أساليب الكلام . وكان هذا موضع فخرهم وهو أروج
بضاعتهم . فجاءهم بالقرآن متحدياً أيامهم فمجزوا .

ومنها علم الطب : أخذوه من التجارب . فأقر الإسلام صهيجه . وأبطل
فاسدة كإبطاله التداوي بالحر . قال رسول يقول في شأنها إنها داء وليست دواء
وقال في شأن الرقي « لا بأس بما ليس فيه شرك » وقال : « إن الله تعالى أنزل
الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بجرام » أخرجه
أبو داود

ومنها ما كان وسيلة إلى معرفة الغيب وما يقع في المستقبل كعلم العيافة (٢)
أو الزجر والطيرة والاستقسام بالأزلام والكهانة وخط الرمل . وهي وسائل
اختلفوها بعد أن كان طريق المعرفة عندهم الرؤيا وبشارات الأنبياء من قبلهم

(١) هود - ٤٨ .

(٢) العيافة هي زجر الطير ، وأصله أن يرمي الطائر بحصاة أو يصيح به فان ولاء في
طيراته ميامنه تفاعل به ، وإن ولاء ميسره تطير منه أي تنادم . الطيرة بوزن النبة ما يتشام
به من الفأل الردي ، وفي الحديث « إنه كان يحب الفأل الحسن ويكره الطيرة » الأزلام جمع
زلم وهي أقداح ثلاثة مكتوب على أحدها « أمرني وبني » وعلى الثاني « نهاني وبني » والثالث
غفل لا شيء عليه ، وكانوا يضربون هذه الأقداح عندما يريدون أمراً من الأمور ، فإن خرج
الأول مضوا فيه ، وإن خرج الثاني تجنبوا هذا الأمر ، وإن خرج الثالث الغفل ضروباً مرة
أخرى إلى أن يخرج الأمر أو الناهي . والاستقسام طلب الانسان ما قسم له من جهتها . راجع
أساس البلاغة ، وغتار الصحاح والقاموس ، والتاريخ الاسلامي للشيخ الحصري .

فلما جاء القرآن أبطل ذلك لأنه تخرص على الغيب من غير دليل ، وبين لهم الطريق السليم لمعرفة الغيب وأنه لا يكون إلا بالوحي ، «عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحداً إلا من ارتضى من رسول ^(١)» ويقول لرسوله : « قل لا أملك لنفسي نقماً ولا ضراً إلا ما شاء الله ولو كنت أعلم الغيب لاستكثرت من الخير وما مسني السوء ^(٢)» ، « إن الله عنده علم الساعة وينزل الغيث ويعلم ما في الأرحام وما تدري نفس ماذا تكسب غداً وما تدري نفس بأي آرض تموت إن الله علم خبير ^(٣)» وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها إلا هو ^(٤) .

ولما انقطع الوحي لم يبق إلا الرؤيا الصادقة . وهي جزء من النبوة والإلهام والفراسة أوهما الخاصة فقط ^(٥) .

ومن ذلك ما كان عندهم من الإلزام ببعض الضوابط الفقهية التي يفصلون بها خصوصياتهم . كقولهم في القصاص : القتل أنقى للقتل ، والدية على العاقلة ، ونظام القسامة ^(٦) غير أن تطبيق هذه المبادئ كان يلتوي حيناً ، ويلقي حيناً آخر ، فيندفع أولياء القتيل في طريق معوج وهو الأخذ بالثأر الذي لا يقف عند حد ويرجع ذلك إلى أنهم لم يكن عندهم سلطة عليا تشرف على التنفيذ ، وأن القضاء لم يكن ملزماً .

ولما جاء الإسلام أقر تلك المبادئ بعد أن هذبها ، وجعل القضاء بها ملزماً

(١) الجن - ٢٦ (٢) الأعراف - ١٨٨ .

(٣) البقرة - ٣٤ (٤) الأنعام - ٥٩ (٥) راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها والمواقفات للشاطبي ج ٣ ص ٧١ وما بعدها .

(٦) وهي أنه إذا وجد قاتل في علة ولم يعرف قاتله جاء أهل القاتل واختاروا خمسين رجلاً من أهل تلك الحلة يحملون السيوف أنهم ما قتلوه ولا يعرفون له قاتل ، فإن فعلوا حكموا بالدية على جميع أهل الحلة لأولياء القاتل .

واجب التنفيذ وسوى بين الناس لا فرق بين رئيس ومردوس ، ولا بين غني وفقير ولا بين صغير وكبير ولا بين رجل وامرأة .

وقد كانت لهم مع تلك المعلوم معاملات مالية وغير مالية تعاملوا بها بحكم الحاجة إليها ساروا فيها على ضوء ما بقى عندهم من شريعة إبراهيم وولده إسماعيل عليها السلام . وما نقل إليهم من الشريعة الموسوية التي دخلت بلادهم مع جماعة من اليهود^(١) الذين رحلوا إليها من الشام من كثرة الاضطهاد وما عرفوه من أنظمة الدول المجاورة كالفرس والروم بواسطة الاتصال الذي كانت يتم عن طريق التجارة والرحلات .

وقد دخلت هذه المعاملات مفاسد كثيرة حتى كاد يضيع أساسها السليم ، فعزى بجانب البيع عن تراض من المتبايعين البيع بإلقاء الحصة وبيع اللامسة والمتابذة وبيع الغرر والربا .

كما نجد بجانب النكاح الصحيح وهو ما يكون بمنحطة ومهر وعقد أمام شهود أنواعاً أخرى تنجها النفوس ، وتأتف منها الطباع السلمية كزواج الأخدان . وهو أن يشترك جمع من الرجال في الزواج بامرأة واحدة ، وقد حرمه الإسلام ، ومثله في ذلك زواج الملك ، وهو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيزوجها شاءت أم أبت وغيرها^(٢) .

(١) دخل اليهود شبه الجزيرة العربية طلباً للرزق قبل ميلاد المسيح . وفراراً من اضطهاد أباطرة الرومان مرة أخرى بعد ظهور المسيحية . وكان منهم المتصعب لدينه ومنهم الباحث عن المال وكسبه من أي طريق اتفق له ، فزرعوا وتاجروا وصنعوا السيوف والدروع وباعوها لقبائل العرب ليتقاتلوا بها . وتعاملوا بالربا فأشده العرب عنهم ، وتكونت لهم دولة في اليمن اضطهد ملوكها المسيحيين وقتلهم حتى جاء التنجاشي ملك الحشة المسيحي وأنتمم المسيحيين فأزال دولتهم إلى غير رجعة . راجع التاريخ الإسلامي للشيخ الحضري وحياة محمد للدكتور هيكمل .

(٢) راجع منتقى الأخبار بشرح فيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ .

حتى إن الزواج الصحيح عندهم ما كان يسير في طريق مستقيم لما أدخلوه عليه من مفاسدهم ، فتمدد الزوجات الذي لا يقفه عند حد ، ونظام الطلاق الذي لا ينتهي عند حد ، فرجل يتزوج ما شاء من النساء ، وآخر يطلق امرأته ثم يعيدها . يفعل ذلك المرة بعد المرة دون حساب أو رقيب .

روى الترمذي بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا أرجعها وهي في المدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر ، حتى قال رجل لأمراة : والله لا أطلقك فتبيني مني ولا أوليك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي واجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكت عائشة حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فسكت النبي حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »^(١) وهكذا في بقية ما تعاملوا به من إجارة وشركات ومضاربة ورهن وغيرها .

وأما تدينهم فقد كانت لهم عبادات من صوم وحج وصلاة ، فصاموا يوم عاشوراء ، وطافوا حول الكعبة وعظموها ، وصلوا ودعوا حول البيت ولكن ذلك كان هزراً كما جاء في القرآن « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية فذوقوا المذاب بما كنتم تكفرون »^(٢) .

عبدوا الأصنام^(٣) والأوثان ، وقربوا لها القرابين ، لاعتقادهم أنها تقرهم

(١) المرجع السابق ص ٢١٤ .

(٢) الأنفال - ٣٥ .

(٣) قيل الصنم معرب شمن وهو الوثن فيها واحد ، والمراد بهما ما عبده الغرب من دون الله مما اتخذوه من الأحجار أو الأخشاب أو المادن .

وقيل بالفرق بينهما ، فالصنم ما كان على شكل الانسان من معدن أو خشب والوثن ==

إلى الله كما جاء في القرآن على لسانهم « ما نعبدكم إلا ليقربونا إلى الله زلفى »^(١)

من هذا نرى أن العرب كان لهم دين لكنه هو وشرك ، ولهم قانون ولكنه في نطاق ضيق ، غير أنه لم تكن هناك سلطة عليا تشرف على تنظيمه وتطبيقه فالعربي مركز في طبيعته حب السلطان والرياسة ، وقلما يخضع لسلطان غيره إلا تحت تأثير القوة القاهرة ، أو الوازع الديني ، ولو كان ذلك الغير أباه ، أو أخاه ، أو أقرب الناس إليه .

وفي الحق أن هذا النظام لم يكن سائداً بين جميع العرب ، وكيف يسودهم قبائل عديدة متباعدة التقاليد والعادات ، والوطنية عندهم وطينة قبلية لا وطنية شمية ؟

والتاريخ يحدثنا بالشيء الكثير عما كانوا عليه من القوضى والاضطراب وما قبح من العادات .

فمن عاداتهم الفبيحة التي أبطلها الإسلام . نكاح الشغار ، وهو أن يتفق شخصان على أن يزوج كل منهما قريبته للآخر ، فتعتبر المرأة مهراً للأخرى ، حتى إذا ماتت إحدى الزوجتين يسود زوجها قريبته من الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلاً منها !!

هذا العمل ألغاه الإسلام ، وجعل للمرأة حرية اختيار الزوج ، وجعل لها

= والوثن ما كان على شكله من حجر التماموس وأساس البلاغة ، والختار. وحياة محمد للدكتور هيكل .

أول من أدخل عبادة الأوثان في العرب قيل هو عمرو بن لحي قبل بعثة الرسول بما يقرب من ثلاثمائة سنة كما أدخل كثير من المفسد كتنسيب الموالب وبحر البعائر . راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها .

(١) الزمر - ٢ .

مهراً لازماً ، ومثله في ذلك نكاح الأخدان ونكاح المتهت وقد سبقت الإشارة إليها .

ومنها . أن المدين إذا عجز عن أداء ما عليه كان للدائن أن يسترقه في نظير دينه ، فجاء الإسلام وحرم ذلك « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون »^(١) بل زاد في ذلك فجعل الأداء على بيت المال عند الإعسار ، وجعل الفارين صنفًا مما يعطي لهم الصدقات « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والفارين »^(٢) .

وتلك حروبهم التي قامت لسبب قافه ، أو لغير سبب ، فمن أجل سبب لجارية أو لطمعة لفلان تدور رحى الحرب ، وتدمر السنين للطوال حتى يعم الخراب والدمار ، فتؤرم النساء ، وتيتم الأطفال وتنتهك الأعراس ، ويبيت كل واحد منهم غير آمن على نفسه وماله^(٣) ، وإذا دعا داع للحرب لبوا الدعوة من غير سؤال عن السبب ، حتى قيل في وصفهم :

لا يسألون أخاهم حين يندبهم في الثائبات على ما قال برهانا
ولقد كان من مبادئهم^(٤) « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » وفي هذا يقول شاعرهم :

«١» البقرة - ٢٨٠ . «٢» التوبة - ٦٠ .

«٣» فحرب البسوس التي قامت بين بكر وتغلب ومكثت أربعين عاماً كان سببها أن رمى أحدهم ضرع ناقة للفريق الآخر . وكانت - كما وصفها الواصفون - قد فنى الحيان وتكثرت الأمهات وتيتم الاطفال . دموع لا ترقأ وأجساد لا تدفن النخ . وحرب داحس والغبراء التي أحدثت اضطراباً واسعاً وقتل بسببها الآلاف من البشر كانت من أجل للسباق . ولا ننس ما كان بين الأوس والخزرج من حرب طويلة مكنية قضى عليها الإسلام .

«٤» وأول من قالها جندب بن العنبر عمرو بن تميم وكانوا يريدون بها ظاهرها الذي يتفق وحيه الجماعية . فلما جاء الإسلام فسرها النبي صلى الله عليه وسلم بما يتفق ومبادئ الإسلام فشرح نصرة الظالم برده عن ظلمه .

إذا أنا لم أنصر أخِي وهو ظالم على القوم لم أنصر أخِي وهو يظلم

وبالجملة فقد كانت النفوس والأموال والأعراض لا حرمة لها عندهم إلا في القليل النادر .. يقول ابن خلدون في مقدمة تاريخه^(١) كلاماً كثيراً نفقطف منه العبارة الآتية :

« ليس عندهم في أخذ الأموال حد يلتزمون إليه ، وليس لهم عناية بالأحكام وزجر الناس عن المفاسد إنما هم ما يأخذونه من أموال نهباً أو مفرماً ، فإذا توصلوا إلى ذلك أعرضوا عما بعده من تسديد أحوالهم ، والنظر في مصالحهم . وهم متنافسون في الرياسة ، وقل أن يسلم واحد منهم الأمر لغيره ، ولو كان أباه أو أخاه أو كبير عشيرته إلا في الأقل النادر ، فتتعدد الأحكام منهم والأمراء وتختلف الأيدي على الرعية في الجباية والأحكام فيفسد للممرات وينتقض .

ويقول الأستاذ الإمام محمد عبده في رسالة التوحيد^(٢) بعد أن وصف الفساد الذي ساد كل الأمم قبيل بعثة النبي صلى الله عليه وسلم . « وكانت الأمة العربية قبائل متخالفة في النزعات خاضعة للشهوات ففقر كل قبيلة في قتال أختها وسفك دماء أبطالها ، وسبى نساها ، وسلب أموالها ، تسوقها المطامع إلى المعامع ويزين لها السيئات فساد الاعتقادات ، وقد بلغ العرب من سخافة العقل حداً صنعوا فيه أصنامهم من الحلوى ثم عبدوها ، فلما جاعوا أكلوها ، ويلقوا من تضعضع الأخلاق وهنا قتلوا فيه بناتهم تخلصاً من عار حياتهن ، أو تنصلاً من نفقات معيشتهم ، وبلغ الفحش منهم مبلغاً لم يمد معه اللغاف قيمة ، وبالجملة فكانت ربط النظام الاجتماعي قد تراخت عقدها في كل أمة وأنقصت عراها عند كل طائفة » .

(١) ص - ١٢٦ .

(٢) ص ١٤٨ الطبعة الخامسة .

وهذه الحالة - كما ترى - تحتاج إلى علاج حاسم ، ولا علاج إلا بقانون عام ينظم أحوالهم ويقضي على الفساد فيهم ، ولا ينفع القانون إلا بوجود سلطة عادلة تشرف على تنفيذه كما قيل .

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم ساهوا^(١)

هذا عرض سريع لحالة العرب قبل الإسلام ، ومنه نرى أنهم كانوا في حالة لا يحسدون عليها . فوضى في الدين ، واضطراب في النظام ، الأمر الذي جعل بعض حكمائهم ينمون عليهم ما هم فيه ، ويسفهون أحلامهم كورقة بن نوفل الأسدي ، وزيد بن عمرو بن نفيل العدوي^(٢).

وفي وسط هذا المجتمع الزاخر بالمآسي بعث الله محمد بن عبدالله ليخرج الناس من الظلمات إلى النور ، بعد أن اختاره من أشرف قبائل العرب وأكرمها

(١) بعد هذا البيت :

إذا قرى سراة الناس أمرهم غا ط ذلك أمر القوم وازدادوا
تهدى الأمور بأهل الرأي ما صلحت قاتت قلت قبائلهم يتقادوا
السراة جمع سري وهو السيد . والمعنى إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون
إليه بل كان كل واحد مستقلاً ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة . كما في قوله تعالى « لو كان
فيها آلهة إلا الله لفسدنا » .
« ٢ » لقد أنكر زيد هذا عليهم شركهم وعبادتهم الأصنام واعترف بوحديته : إله هداة إليها
تفكيره وفي هذا يقول :

أرب واحد أم ألف رب أدين إذا تقسمت الأمور
تركزت اللات والعزى جميعاً كذلك يفعل الرجل البصير

أدين : أنقاد ، وزيد هو عم عمر بن الخطاب لأمه وابن عمه لآبيه ، وذلك أن جده نفيل بن عبد العزى خلف الخطاب والد عمر من أمراء ، وعمرو والد زيد من امرأة أخرى فلما مات نفيل خلفه عمرو على امرأته الأخرى أم الخطاب فولدت له زيدا فكان زيد أبنا الخطاب لأمه وابن أخيه لآبيه ، وعم عمر لأمه وابن عمه لآبيه ،

وقوله منذ الطفولة بغايته ، ولذلك كان مضرب الأمثال فيهم في حسن الخلق حتى لقبوه بالأمين .

ولما جاوز الأربعين من عمره جاءه وحى السماء في ١٧ رمضان ثم انقطع فترة ، ثم جاءه مرة أخرى ، واستمر على ذلك ما يقرب من ثلاث وعشرين سنة ، شرع لهم في هذه الفترة ما أصلح به عقائدهم ، وهذب أخلاقهم ، ونظم الروابط بينهم ، وسن لهم من القوانين ما سمي فيما بعد بالفقه الإسلامي .

أدوار الفقه الاسلامي

ومن هنا بدأت حياة هذا الفقه الخالد ، ثم سار مع الزمن حتى وصل إلى وضعه الأخير ، ولكنه لم يسر سيرة واحدة ، بل مر بأدوار مختلفة وأثرت فيه عوامل عديدة ، وتنوعت مصادره تبعاً لاختلاف أطوار حياته ، ولذلك قسم المؤرخون حياته إلى أدوار ، اختلفوا في عددها تبعاً لاختلاف وجهات النظر . فهذا يقسمها إلى أربعة أدوار ، وذلك يقسمها إلى خمسة ، وثالث يقسمها إلى ستة ، ورابع يقسمها إلى سبعة أدوار .

والواقع أنه لا توجد فواصل زمنية محددة لهذه الأدوار . لأن الفقه لم ينتقل من دور إلى آخر دفعة واحدة . بل وجد بين بعض أدواره تشابه كبير . وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن أدواره الرئيسية ثلاثة يتبعها دور أخير . هو دور النهضة الفقهية الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس . وكان في عصر النبوة حيث وضعت أصوله العامة وقواعده الكلية ، ولم يبق إلا تطبيقها .

الدور الثاني : دور البناء والكمال . ويشمل عصور الاجتهاد . ويبدأ بعد وفاة الرسول مباشرة في سنة ١١ هـ . وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً عندما قيل : إن باب الاجتهاد قد أغلق . وادعى الإجماع على ذلك .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم . ويبدأ حيث انتهى الدور السابق ويشمل عصور التقليد كلها .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس

ومدته ثلاث وعشرون سنة تقريباً . وهي من الناحية التشريعية تنقسم إلى قسمين قسم ما قبل الهجرة إلى المدينة ، ومدته ما يقرب من ثلاث عشرة سنة ، أو علي وجه التحديد إثنتا عشرة سنة وخمسة أشهر وواحد وعشرون يوماً^(١) .

وقسم ما بعد الهجرة : ومدته تزيد على عشر سنوات ، ولهذا انقسم القرآن تبعاً لذلك إلى قسمين : مكّي . وهو ما نزل قبل الهجرة . ومدني : وهو ما نزل بعدها على أصح الأقوال .

وفي القسم الأول من هذا الدور عني الوحي أولاً بإصلاح العقيدة وتخليصها من شوائب الوثنية وتهذيب النفوس بتجريدتها من رذائل الصفات ، حتى تجتمع القلوب على توحيد الله ، وتسموا النفوس وتترفع عن سفاف الأمور

ولذلك نرى معظم ما نزل من القرآن في هذه الفترة كان خاصاً بهذين الأمرين لأن العقيدة وما يتعلق بها هي الأساس الأول في بناء الدولة الجديدة ، ومما

«١» محاضرات الشيخ الحضري في التاريخ الاسلامي .

لا ريب فيه أن علاجه لهذه الحالة كان شافياً ، ومسلكه فيه كان حكيماً .

دعاهم إلى استعمال عقولهم . والتأمل في ملكوت السموات والأرض وما فيهن ليبتدوا إلى وجه الحق ، وأنكر عليهم إهدار عقولهم بمبارات منوعة ، أفلا تعقلون ، . « أفلا تتفكرون » ، « أفلا تبصرون » . ويندد بهم في تقليد الآباء والأجداد . فيرد عليهم ذلك التقليد بقوله : « أولئكَ كان آبائهم لا يعقلون شيئاً ولا يتهدون ، لما قالوا « بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا »^(١) .

ويقول سبحانه : « وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول قالوا حسبنا ما وجدنا عليه آباءنا أو لو كان آبائهم لا يعقلون شيئاً ولا يتهدون »^(٢) .

ولفت نظرم إلى ما في الكون من آيات « إن الله فائق الحب والنوى يخرج الحي من الميت ومخرج الميت من الحي ذلكم الله فأنسي توفكون : فائق الإصباح وجعل الليل سكناً والشمس والقمر حسباً ذلك تقدير العزيز العليم »^(٣) .

« ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكبونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين »^(٤) .

« الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفاً وشيبة يخلق ما يشاء وهو العليم القدير »^(٥) .

« وفي أنفسكم أفلا تبصرون »^(٦) .

« أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت . وإلى السماء كيف رفعت .

(١) البقرة : ١٧٠ (٢) المائدة : ١٠٤ (٣) الأنعام : ٩٥ : ٩٦

(٤) المؤمنون : ١٢ : ١٣ : ١٤ (٥) الروم : ٥٥ (٦) القادوت : ٢١

وإلى الجبال كيف نصبت . وإلى الأرض كيف سطحت . فذكر إنما أنت مذكر^(١).

« أفلم ينظروا إلى السماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها وما لها من فروج . والأرض مددناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل زوج بهيج . تبصرة وذكرى لكل عبد منيب^(٢) ».

ثم دعاهم إلى عبادة الله وحده « قل يا أهل الكتاب تمالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون^(٣) ».

وبين لهم أن تعدد الآلهة مفسد للكون ونظامه « لو كان فيها آلهة إلا الله لفسدتا فسبحان الله رب العرش عما يصفون^(٤) ».

كما طلب منهم الإيمان بالرسل السابقين وما أنزل إليهم ، وتوعد المفرقين بين الرسل بعذاب مهين كما وعد الذين لم يفرقوا بينهم في الإيمان بالأجر العظيم فيقول جل شأنه : « إن الذين يكفرون بالله ورسله ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلاً أولئك هم الكافرون حقا واعتدنا للكافرين عذاباً مهيناً . والذين آمنوا بالله ورسله ولم يفرقوا بين أحد منهم أولئك سوف نؤتيهم أجورهم وكان الله غفوراً رحيماً^(٥) ».

وطلب منهم إذا جادلوا أهل الكتاب أن يحادلهم بالحسن ويبينوا لهم أنهم متفقون على عبادة إله واحد « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن

(١) القاشية من ١٦ - ٢٠ (٢) ق : ٦ - ٧

(٣) آل عمران : ٦٤ (٤) الأنبياء :

(٥) النساء : ١٥٠ - ١٥٢

إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذي أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون»^(١).

ثم أزال الفوارق بين الناس ، وقضى على المصيبات « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم »^(٢).

وضرب لهم الأمثال^(٣) « واضرب لهم مثل الحياة الدنيا كماء أنزلناه من السماء فاختلط به نبات الأرض فأصبح هشيماً تذروه الرياح وكان الله على كل شيء مقتدرأ »^(٤) « اعطوا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو وزينة وتفاخر بينكم وتكاثر في الأموال والأولاد كمثل غيث أعجب الكفار نباته ثم يهيج فغراه مصفراً ثم يكون حطاماً وفي الآخرة عذاب شديد ومغفرة من الله ورضوان وما الحياة الدنيا إلا متاع الغرور »^(٥).

« إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون »^(٦) ثم يبين الحكمة في ضرب الأمثال في قوله : « ولقد ضربنا للناس في هذا القرآن من كل مثل لمعلم يتذكرون »^(٧).

وقص عليهم قصص السابقين وما نزل بهم من عذاب نتيجة عنادهم ، وكفرهم برسولهم ، وأثبت لهم اليوم الآخر . وما فيه من جنة يشاب فيها المتقون ، ودار يعاقب فيها الجاحدون .

(١) المنكبوت : ٤٦ (٢) الحجرات : ١٢

(٣) عن القرآن المنزل بركة بهذه الامور هتاية كبيرة ولم يتجاروها إلى التشريع العملي إلا نادراً ، والقرآن المنزل بالمدينة لم يترك هذه الامور ، بل كان ينزل بها مع التشريع العملي لتذكير من أجل ذلك كانت معظم الآيات التي سقناها هنا مكية وبعضها مدني نزل بالمدينة .

(٤) الكهف : ٤٥ (٥) الحديد : ٢٠

(٦) آل عمران : ٥٩ (٧) الزمر : ٢٧

وحضهم على التخلق بالخلق الكريم الذي هو من لوازم العقيدة الصحيحة
والإنسانية الهذبة ، ونفهم من الأخلاق المردولة مبيناً ما يلحق صاحبها من
السوء في الأولى والآخرة في آيات عديدة :

« وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا
سلاماً »^(١).

« يا أيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا في المجالس فافسحوا ففسح الله لكم »^(٢).
« وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً »^(٣).

« لمن نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه
أجرأ عظيماً »^(٤).

« وإن عاقبتهم فمما قبوا بمثل ما عوقبتهم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين »^(٥).
« وإذا حийتم بتخيبة فسيؤا بأحسن منها أو ردوها »^(٦).
« قول معروف ومفطرة خير من صدقة يتبعها أذى »^(٧).

« يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ، ولا
نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب »^(٨).
« ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً »^(٩).

(١) الفرقان : ٦٢	(٢) المجادلة : ١١	(٣) الإسراء : ٣٤
(٤) النحل : ٩٠	(٥) التصل : ٩٢٧	(٦) النساء : ٨٦
(٧) البقرة : ٢٦٣	(٨ ، ٩) المجبرات : ١١ ، ١٢	

« ولا تحمِل يدك مقلوبة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »^(١).

« ومن يتوكل على الله فهو حسبه »^(٢).

ولم يمرض في هذه الفقرة شيء من التشريعات العملية إلا لما له ارتباط خاص بالعقيدة كتحریم ما لم يذكر اسم الله عليه من الذبائح ، ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق^(٣) ، أو كان عبادة عملية تربطهم بالله ، وتوجههم إلى الخير . كالصلاة « وأقم الصلاة إن الصلاة تنهي عن الفحشاء والمنكر »^(٤).

حتى أنه يصدد إيذاء الأعداء لم يأمرهم بمقاتلتهم بل أمرهم بالعفو والصفح الجليل ، والصبر على الأذى ، ولم يأذن لهم بالقتال إلا في أواخر أيامهم بمكة ، والسبب في ذلك أنهم كانوا قلة مستضعفين ، ولم تكون لهم وحدة اجتماعية مستقلة بعد ، حتى يشرع لها من النظم والقوانين ما تسير عليه ، وتحكم به ، أو يكلفهم بالقتال .

وفي الفترة الثانية

وهي ما بعد الهجرة بدأت تتكون نواة الدولة الإسلامية ، وأصبح لها كيان دولي ، وحينئذ مست الحاجة إلى التشريع العملي على أتم صوره ، فأنجبه الوحي إلى تنظيم الدولة داخلياً وخارجياً ، فشرع لهم الأحكام التي تتناول شؤونهم كلها سواء منها ما يتعلق بحياة الفرد أو الجماعة ، أو بعلاقة الدولة بغيرها ، فشرع المبادات والجهاد ، ووضع الحدود والمقويات للجنایات المختلفة ،

(١) الإسراء : ٢٩ (٢) الطلاق : ٣
(٣) الانعام : ١٢١ (٤) المتكيت : ٤٥

كما وضع القضاء نظاماً . ولأسرة نظاماً كاملاً ، فنظم الزواج وما يتعلق به من نفقات وثبوت نسب للأولاد ، ورسوم طريق فصم عقدة الزواج إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة بحيث لا يلحق أحد الطرفين ضرر ولا عنت ، فشرع الطلاق وحدد مراته بالثلاث ، كما شرع العدة حتى لا تختلط الأنساب ، ووضع نظام الموارث ، فجعل لكل قريب نصيباً حسب درجته من المورث بعد أن كانت الموارث عندم إغداقاً على البعض ، وحيفاً على البعض ، وحرماناً للآخرين^(١).

(١) كان الإرث في الجمالية يثبت بالقرابة والتبني ، والحلف والمعامدة .

أما القرابة فما كانوا يورثون بها إلا الرجال المحاربين الذين يحمون النصارى ويمجرون الفريجة ويمجرون منه النساء والأطفال .

وجاء الإسلام وجعل لكل نصيباً « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » .

أما التبني فقد كان الرجل يدهي ثوب ابن غيره فينسب إليه حتى ولو كان معلوم النسب ومتى تم ذلك أصبح هذا المدعي ولداً للمدعي يرثه كابنه الحقيقي سواء بسواء بل كان يأخذ كل ماله إذا لم يكن له ولد ذكر بلغ مبلغ الرجال .

وهذا أبطله الإسلام فبطل كونه سبباً للإرث « أدهوم لأبائهم » .

أما الحلف والمعامدة فقد كلف الرجل إذا قال لنبيه: « سي دمك وهدي هدمك ورتني وأرثك وتطلب بي وأطلب بك » وقبله الآخر صار ذلك عقداً ، وحلفاً موجباً للإرث بين الرجلين . وقد أقره الإسلام أول الأمر بقوله « والذين عقدت إيمانكم فآؤم نصيبهم » ثم نسخ ذلك عند بعض العلماء بنزول قوله تعالى: « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » ونسب آخرون إلى أن الإرث بالحلف لم ينسخ إلا في حالة وجود القريب إجمالاً لايتين ، فإن قوله تعالى « فآؤم نصيبهم » تنصيص على أن بالحلف تستحق النصيب من الميراث مع وجود القريب ، فلما نزل قوله « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » نسخ ميراث الحليف مع وجود القريب فقط وبقي الإرث في غير هذه الحالة . واجمع أصول السرخسي ج ٢ ص ٨٥ .

ووضع نظام الحرب والسلم ليحفظ للدولة الإسلامية هيبتها وكرامتها من غيربغي ولا عدوان على أعدائها ، فجعل القتال والقتل ضرورة ، والسلم والمسألة هي الأساس فيقول جل شأنه : « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » (١)

ويقول : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تمتدوا إن الله لا يحب المعتدين واقتلوا حيث تقتضونهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ولا تقاتلوا عند المسجد الحرام حتى يقاتلوك فيه فإن قاتلوك فاقتلوا كذلك جزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوا حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » (٢) .

ويقول : « إن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهم لا يؤمنون الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة وهم لا يتقون ، فإما تتقنهم في الحرب فنسردهم من خلفهم لملمهم يذكرون : وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين » (٣) .

وبالجملة لم يترك ناحية من نواحي الحياة إلا نظمها تنظيماً دقيقاً حكماً ، ولا يفهم من هذا أن كل ما جاء به الرسول من تشريعات كان جديداً ، بل منه ما كان جديداً ، ومنه ما كان معمولاً به قبله ، ولكنه أدخل عليه من التعميد ما يجعله صالحاً للعمل به .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إن الإسلام لم يهدم كل ما وجد عليه أهل الجاهلية ، بل نراه هدم للفساد من كل وجه ، فحرم الربا لأنه أكل أموال

(١) الانتفال : ٦١ .

(٢) البقرة : ١٩٠ - ١٩٣ : (٣) الانتفال : ٥٥ - ٥٨ .

الناس بالباطل ، والزنى لأنه انتهاك للأعراض ، وخلط الأنساب ، وحرم الحر لأنها مفسدة للعقول التي هي من أجل النعم ، وهذب ما احتاج إلى التهذيب كالبيع حيث جعله مبنياً على التراض « يأبى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (١) ، والسلم وهو بيع الإنسان شيئاً ليس عنده بثمن عاجل فقال رسول الله : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

وألقى ببوع الملامسة والمباذنة وإلقاء الحصة ، ونظم الزواج ، فأقر منه النوع المعروف وهو ما يكون فيه خطبة ومهر وشهود ، وألقى منه ما كان زنى أو قريباً منه ، وأقر أصل الطلاق ، وحدد مراته بالثلاث بعد أن كان عندهم لا يقف عند عدد معين ، وبعد هذا التهذيب والتنظيم يكون تشريعاً إسلامياً لا جاهلياً كما كان ..

والسبب في ذلك أن الإسلام لم يأت ليهدم كل ما كان عليه الناس من مدنية وأخلاق وعادات يؤسس على أنقاضها مدنية جديدة وعادات وأخلاقاً أخرى وإنما كان ينظر إلى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحة أو مفسدة ، وبمطبيها الحكم تبعاً لذلك

فهو إذا جاء للبناء لا للهدم ؛ لأن غرضه الإصلاح لا الحكم والسلطان . وهي خاصة لازمة عندما اجتاز حدود شبه الجزيرة العربية بعد وفاة الرسول الكريم ، فإن المسلمين لم يبطلوا كل ما تعودوه الناس من عادات بل كانوا يقررون الصالح ، ويلغون الفاسد .

ومما يجب التنبيه عليه هنا أن إقرار الإسلام بعض ما تعودوه العرب لا يجعله مستمداً بعض أحكامه من غيره ، ولا يصرفه عن كونه تشريعاً سماوياً نزل به الوحي للأمر الآتية :

« النساء : ٢٩ » .

أولاً : أنه لا يبعد أن تكون هذه العادات التي أقرها في أصلها تشريعاً سماوياً نقلها العرب عن أصحاب الديانات السابقة ممن نزحوا إلى الجزيرة العربية وعاشوا فيها معهم ، أو ممن التقوا بهم في أسفارهم في رحلاتهم للتجارة ، فالإسلام لم ينسخ الشرائع السابقة بجميع أحكامها بدليل اتفاقه معها في أحكام العقائد والأخلاق^(١) .

ثانياً : إن أحكام الإسلام لا تناقض المقول لأنه جاء محرراً للعقل ففك قيوده ودعاه إلى التأمل والنظر في ملكوت السموات والأرض ونمى عليه التقليد والجهود على ما كان عليه الآباء والأجداد .

وإذا كان كذلك فلا غرابة إذا في أنه أقر بعض النتائج العقلي إذا لم يكن مبنيهاً على الهوى والفرض . ولا أدل على ذلك من تشريعه للاجتهاد لمن تأهل له فيها ليس فيه نص ، وما الاجتهاد إلا عمل عقلي منظم مجرد عن الهوى .

ثالثاً : إن هذه المعاملات التي أقرها لو لم تكن موجودة قبله لا تبدأ تشريعها من جديد لحاجة الناس إليها ، ولو لم يقرها لكانت باطلة ولما أصبحت تشريعاً إسلامياً .

على أن ما أقره منها قليل بالنسبة لما ألفاه . ولم يقره على وضعه عندهم بل أقر أصله وأدخل عليه من التعديلات ما يجعله جديداً في جملته .

ولعل هذا الأمر هو الذي حل بعض الكتاب من غير المسلمين على الطعن في بعض تشريعات الإسلام^(٢) ، كما حمل بعض المسلمين على المطالبة بتغيير بعض أحكامه لأن تطبيقها يؤدي إلى ضرر الناس وفساد المجتمع ، فأصبحت غير ملائمة للعصر الذي نعيش فيه ، وسنعرض هنا بإيجاز لبعض المسائل التي أثير حولها الجدل لتبين فيها مدى التنجني على هذه الشريعة .

(١) وقد أشرفنا إلى ذلك فيما سبق ص ٢٣

(٢) ولذلك يعبرون عن هذه الشريعة بالشريعة العربية في كثير من كتاباتهم .

الإسلام والمرأة

زعم أعداء الإسلام أنه لم ينصف المرأة فلم يسو بينها وبين الرجل في بعض الحقوق حيث جعل نصيبها في الميراث على النصف من نصيب الرجل، وكذلك في الشهادة، وجعل له سلطاناً عليها فلعله الطلاق وأباح له التزوج مثنى وثلاث ورباع إلى غير ذلك.

ونحن نقول هؤلاء: إن التشريع الإسلامي من وضع الله رب العالمين الذي خلق الرجل والمرأة وهو العلم الخبير بما يصلح شأنهم من تشريعات. ولم يكن في تشريعه يميز طائفة على حساب الأخرى فالكل عنده سواء لأنهم عباده وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون^(١). وفي كثير من الآيات يجمع بين الرجال والنساء. يقول سبحانه: «إن المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات والقانتين والقانتات والصادقين والصادقات والصابرين والصابرات والحاشعين والحاشعات والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات والحافظين فروجهم والحافظات والذاكرين الله كثيراً والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجرًا عظيمًا».

«وما كان المؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّلاً مبيناً»^(٢)

ويقول جل شأنه: «من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون»^(٣)

ويقول: «يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن»^(٤)

(١) الذريات - ٥٦ (٢) الأحزاب - ٢٥ - ٢٦ (٣) النحل - ٩٧

(٤) المجبرات - ١١

ويقول : « قل للمؤمنين يفضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم »^(١)

« وقل للمؤمنات يفضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن »^(٢).

فهذه الآيات وغيرها تخاطب الرجال والنساء على السواء وتسوي بينهم في توجه التكليف إليهم وتعدُّ هؤلاء وهؤلاء بالثواب على الامتنال وعمل الخير .

ومن يستعرض أحكام المرأة يجد أن الله أكرمها وحماها من ظلم الجاهلية وكفل لها الحياة بتحرير وندها « وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسوداً وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه في التراب ألا ساء ما يحكمون »^(٣)

« وإذا الموءودة سئلت بأي ذنبت قتلت »^(٤)

ثم رتب لها حياة زوجية كريمة فعمماها من تمسف الرجل حال الزوجية وبمدها « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فمسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً »^(٥) « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراً لتتعدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »^(٦)

« وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بثمنان وإئتما مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً »^(٧)

وجعل لها نصيباً في الميراث بعد أن كانت محرومة منه « للرجال نصيب

١ « ١ » ٢ « ٢ » التور - ٣٠ ، ٣١ « ٣ » النحل ٥٨ ، ٥٩

٤ « ٤ » التكاثر - ٨ ، ٩ « ٥ » النساء - ١٩

٦ « ٦ » البقرة - ٢٣١ « ٧ » النساء - ٢٠ ، ٢١

بما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً ^(١) .

وليس من الظلم في شيء أن يكون نصيبها على النصف من نصيب الرجل إذا عرفنا أن الرجل هو المسئول عن الأسرة وزوجه وأولاده فالانفاق واجب عليه لنفسه ولهؤلاء جميعاً وغيرهم من الأقارب الذين لا مال لهم . أما المرأة فنفتقها على غيرها قبل زواجها وبعده فإذا كانت متزوجة فنفتقها على زوجها وإن كان لها مال ، وإذا لم تكن زوجة فنفتقها في مالها فإن لم يكن لها مال فنفتقها على أقرب الناس إليها . فتكاليفها في الحياة قليلة فلا عجب إذا أن يكون لها هذا النصيب الذي تختص به في غالب الأحيان .

وتكاليف الرجال الكثيرة مرتبطة بالقوامه على المرأة يشير لذلك قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أوتقوا من أموالهم ^(٢) » .

وأما جعل الطلاق بيد الرجل فللمحافظة على بقاء الزوجية لأنه أملك لنفسه من المرأة فلا يتسرع في إيقاع الطلاق وبخاصة إذا كان هو المكلف بدفع المهر لها والانفاق عليها ولو جعل أمر الطلاق إليها لما استقرت الحياة الزوجية .

على أن الشارع جعل لها اقتداء نفسها برد ما أخذته من الزوج « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به تلك حدود الله فلا تمتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ^(٣) » .

١ - النساء - ٧ . ٢ - النساء - ٣٤ .

٣ - البقرة - ٢٢٩ .

وهذا الافتداء يسمى بالخلع، وجاء في سبب شرعيته ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله: أتردين عليه حديثه؟ فقالت نعم. فقال رسول الله: اقبل الحديقة وطلقها تطليقه، وفي رواية أنها قالت: نعم فأخذها له وخلى سبيلها. فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله^(١).

كما جعل لها أن تطلب الطلاق - على ما استنبطه الفقهاء - إذا ضررت بنفية الزوج أو عدم الاتفاق عليها أو إيذاها.

كما جعل لها الحرية في التصرف في مالها لا يتصرف فيه أحد بدون إذنها، بل جعل زواجها بمحض رضاها لا تجبر عليه. وفي ذلك يروى أصحاب السنن عن رسول الله أنه قال: الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال نعم، قلت إن البكر تستأمر فتسكت، فقال سكانها إذنها، متفق عليه^(٢).

وروى أصحاب السنن عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: جاءت فتاة إلى رسول الله فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع في خيسيته، قال: فاجعل الأمر إليها، فقالت قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء^(٣).

(١) متفق الاخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٩.

(٢) للمرجع السابق ص ١٠٣ (٣) المرجع السابق ص ١٠٩.

وأما جعل شهادتها على النصف من شهادة الرجل كما جاء في قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى »^(١) فليس ذلك إهانة لها ، بل تكريماً لها وتحقيقاً عليها .

أما تكريمها فلأن الشهادة تؤدي في مجلس القضاء وقد تستحي أو تتأذى من حضورها في هذا المجلس لاله من الهيبة والرهبة ، فأراد الشارع أن يبعدها عن هذا المكان بقدر الإمكان ، فلم يجعل لها شهادة إلا في بعض المواضع وهي الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء ، أو إذا لم يتوفر الشهود من الرجال خشية ضياع الحقوق بترك الشهادة .

وأما التخفيف فلأن هذه الشهادة في المعاملات المالية وما يقوم مقامها من الماوضات ، والمرأة لا تشتغل بذلك في الأصل ، فإذا شهدت فيها وحدها ربما تنسى المشهود عليه أو تخطئ فيه ، لأن الإنسان لا يتذكر إلا الأشياء التي يكثر اشتغالها بها ، فبجمل المولى سبحانه شهادتها مسح امرأة أخرى ، فإذا أخطأت إحداهما أو نسيت شيئاً ذكرتها الأخرى . فكانت شهادة إحداهما متممة لشهادة الأخرى . « أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » أي حذر أن تضل أو تخطئ لعدم ضبطها وقلة عنايتها .

ويقول الأستاذ الإمام محمد عبده : إن الله تعالى جعل شهادة المراتين شهادة واحدة ، فإذا تركت إحداهما شيئاً من الشهادة كان نسيته أو ضل عنها تذكرها الأخرى وتم شهادتها ، وللقاضي بل عليه أن يسأل إحداهما بحضور الأخرى ويمتد يجزء الشهادة من إحداهما وبقايتها من الأخرى ، قال هذا هو الواجب وإن كان القضاء لا يعملون به جهلاً منهم .

وأما الرجال فلا يجوز له أن يعاملهم بذلك ، بل عليه أن يفرق بينهم فإن

قصر أحد الشاهدين أو نسي فليس للآخر أن يذكره ، وإذا ترك شيئاً تكون الشهادة باطلة^(١).

أما أباحة التزوج للرجل بأكثر من واحدة فليس في ذلك ظلم للمرأة إذا عرفنا الحكمة التي من أجلها شرع ذلك التعدد والقيود التي قيد بها ، وهذا ما نعتقد له البحث التالي لأنه بما وجه إلى الإسلام من طعون .

الإسلام وتعدد الزوجات

جاء الإسلام والعرب في جاهليتهم يعيشون في فوضى تعدد الزوجات الذي لا يقف عند حد ، فكان الواحد يتزوج جملة من النساء تقل وتكثر تبعاً لثقة ماله وكثره وحالته الجنسية قوة وضعفاً ، ومركزه في قبيلته أو عشيرته عدا ما يتخذه من الحيللات .

فلم يكن يحسب للمرأة حساباً وليس لها عليه حقوق ، ولم يكن ثمة عدل ولا مساواة . فقد تملك إحداهن عليه نفسه لسبب أو لآخر فيؤثرها بحبه وبترك سائرهن كالمعلقات لا هن بذات أزواج ولا هن خاليات .

فهل من المعقول أن يمنع هذا التعدد الظالم بكلمة واحدة وفي الرجال طائفة لا تسد حاجة الواحد منهم امرأة واحدة ؟ فماذا يفعل هؤلاء وقد حرم عليهم الزنى تحريماً مؤكداً ؟ أوقعهم في الحرج وقد نفاء عنهم في تشريعهم وما جعل عليكم في الدين من حرج ؟

فكان لا بد والحالة هذه من الإبقاء على التعدد ليكون علاجاً للبعد عن الزنى الذي حرمه ، لأن التشريع الإسلامي يسير على قاعدة . أنه كلما حرم على

(١) تفسير المتارجح ٣/ ١٢٥

الناس شيئاً فتح لهم باباً من الحلال ليعوضهم عما قد يفوتهم مما حرمه عليهم .

فحينئذ حرم الزنى أباح التعدد ليجد الرجال الذين يغلب عليهم سلطات الشهوة ولا تكفيهم امرأة واحدة متقدماً من الحلال ، على أن للتعدد مبرراته الأخرى التي فصلها الفقهاء .

ولكنه لم يبق التعدد كما كان في الجاهلية بل جعل غايةً أربما وجعل له شروطاً حتى لا يكون طريقاً لإيقاع الظلم بالمرأة .

يقول تعالى : « وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » (١) .

ويعد ذلك وقف الناس عند هذا الحد حتى أن الرجل إذا أسلم وعنده أكثر من هذا العدد كان الرسول يأمره بأن يسلك منهن أربما ويفارق الباقي .

ومن ذلك ما رواه أصحاب السنن عن ابن عمر قال : أسلم غيلان الثقفي وحمته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربما » (٢) .

ومن يتدبر الآية السابقة يجدها أباحت التعدد لمن يأنس من نفسه العدل بينهن بل جعلت مجرد خوف عدم العدل مانعاً من التعدد « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » .

فإذا كان عدم العدل محققاً يكون المنع أشد .

وقد فصل العلماء هذا الإجمال في الآية فقالوا : إن شرط إباحة التعدد أن

(١) النساء - ٣ (٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٦

يأنس الشخص من نفسه القدرة على العدل بين الزوجات ، وأن يكون قادراً على الإنفاق وكل ما تتطلبه الحياة الزوجية ، بل إن القدرة على ذلك شرط في أصل الزواج كما جاء في الحديث «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» .

والباءة هي ما تتطلبه الحياة الزوجية من تكاليف . فإذا كان هذا في أصل الزواج الفردي فيكون شرطاً من باب أولى في التعدد مع شرط التيقن من أنه سيعدل بينهن أو يفلح على ظنه ذلك على الأقل ، فإذا انتفى الأمران فلا إباحة لما يفعله بعض السفهاء باسم الإسلام من تعدد الزوجات مع عدم القدرة أو عدم العدل مما يقرّب عليه مفسدات كثيرة ليس من الإسلام في شيء ، ولا يعتبر عيباً يعاب به الإسلام لأن أصل التشريع شيء وسوء التطبيق شيء آخر .

هذا هو موقف الإسلام من تشريع تعدد الزوجات شرحناه إجمالاً وبيننا سبب شرعيته والغرض الذي من أجله شرع ، وهو تشريع سليم في أصله ، ومن الخطأ أن ينسب إليه ما ترتب على سوء تطبيقه . أما ما يرجف به المرجفون . أن تعدد الزوجات الذي أباحه الإسلام يعتبر نقطة ضعف فيه فهذا مجرد افتراء لا يقبله عقل ولا يقوله منصف ، وإنما هي كلمة مفرض حاقد ، كبرت كلمة تخرج من أفواههم إن يقولون إلا كذباً »

فالإسلام الذي جاء بمعالج مشاكل المجتمع أنزله الله للناس الذين استغفلهم في الأرض وهو أعلم بشاكلهم وأقدر على حلها من سواه .

ونحن لو نظرنا إلى الواقع لوجدنا أن التعدد ضرورة من ضرورات المجتمع لا يستغني عنها قلة من الرجال وهم الذين لا تسد حاجة الواحد منهم امرأة واحدة . لذلك تجد هذا التعدد موجوداً في المجتمع غير الإسلامي كما هو موجود في المجتمع الإسلامي ، مع الفارق الكبير بينهما . فهذا تعدد مشروع مضبوط تتساوى فيه الزوجات في الحقوق الزوجية ، فكل واحدة لها ما للأخرى من حقوق

كما أن أولادهم متساوون في النسبة إلى أبيهم . أولاد شرعيون ينتسبون إليه على السواء لهم نفقاتهم ويحفظون برعايته وإذا مات كانوا ورثته جميعاً .

وذلك تعدد غير مشروع تستقل واحدة بشرعية معاشرته زوجها وينتسب إليه أولادها فقط وتبقى الأخيرات لا تربطن بالرجل إلا علاقة أئيمة ، وثمرة هذه العلاقة أولاد غير شرعيين لا ينتسبون إلى أب ، فلا حقوق لهم عليه لا في حياته ولا يرثونه بعد وفاته .

ويبقى بعد ذلك اختلاف نظرة المجتمع إلى هؤلاء وهؤلاء فينظر إلى البعض نظرة إجلال واحترام وإلى الآخرين نظرة احتقار وازدراء .

فأي الأمرين خير للمرأة أن تكون زوجة مع أخرى موفورة الكرامة تعيش في بيت الزوجية في شبابها وشيئها . وفي كلتا الحالتين يقف وراءها رجل يحافظ عليها وينفق عليها وعلى أولادها .

أم تكون الأخرى فتختار لنفسها أحد أمرين أحلاماً مرّ تعيش حياتها كلها عانسة أو ترمي بين أحضان الرجال يتركها هذا فيلقفها ذلك ، فإذا ما ولي شبابها عاشت بقية حياتها في ركن مظلم محرومة من أسباب الحياة . ٢٢

وإذا كان التعدد مشروعاً في كتاب الله فما يقترحه البعض من وجوب منعه بقانون خروج على شرع الله ومعارضة صريحة لكتابه مع ما في تنفيذه من الرجوع إلى حياة الأخدان وما يعقبها من تشريد للأطفال وحياة الملاجيء وليس هذا علاجاً كما قيل « أحب شيء إلى الإنسان ما منعا »

ولم يكتف بعض هؤلاء بمجرد المنع بقانون بل يقترح فرض عقوبة رادعة لكل من الرجل الذي يقدم عليه والزوجة التي تقبل أن تدخل عليها امرأة أخرى في عصمة زوجها ، وهذا كما ترى تهور وحجر على الحريات لا مبرر له .

واما ما يقترحه الآخرون بتقييد التعدد وجعله باذن خاص من القاضي فهذا أمر عجب ، فإن من الأسباب الداعية إلى التعدد ما لا يليق أن يطلع عليه القاضي ولا غير القاضي ، ولو قلنا ذلك لخرجنا بهذا المقد الذي جعله الله مودة بين الزوجين وسكنا لكل منها إلى الآخر إلى جعله صفقة من الصفقات وعقداً من عقود العمل أو المعاولات .

يقول الله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة . إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون »^(١) ،

إن جعل التعدد مقيدا بإذن خاص من القاضي لا يحل المشكلة . فإن القاضي سينظر للسألة من ناحية الباعث على الزواج الثاني وقدرة الزوج على حياة التعدد ، ولن يعدم هؤلاء الراغبون حيلة في اختلاق سبب وجبه يقنع القاضي ، كما لا يعجزون في إثبات قدرتهم بواسطة شهود زور أو أي طريق آخر فيأذن بناء على ما ظهر له .

وقد يكون أجدى في العلاج أننا نقوم بنشر الوعي الديني والخلقي أولا لتبين للناس أن الاقدام على هذا الأمر بدون ضرورة يلحق بالجمتمع الأضرار ثم بعد ذلك نجعل للزوجة التي وقع عليها الضرر حق طلب الطلاق .

وبما بلغت النظر أننا في الوقت الذي تنادى فيه بمنع التعدد أو تقييده ينادى الكتاب والمصلحون القريبون بالبحث عن علاج لتشرذم البنات وانتشار الفسق والفجور وكثرة اللقطاء وبربطون بين المنع من تعدد الزوجات وبين كل ذلك ويعترفون بأنه لو كان تعدد الزوجات مباحا لما نزل بنا هذا البلاء .

بل إن بعض الدول الغربية بدأت تفكر فعلا في إدخال نظام تعدد الزوجات ضمن

(١) الروم - ٢١

تشريعاتها لما عجزت كل الوسائل التي لجئوا إليها في ظل تعريم التمرد عن علاج هذه المفاسد كما تطالنا به الصحف والمجلات من حين لآخر .

هذا من ناحية تعدد الزوجات من الحرائر . ولكن الطاعنين لم يفتوا عند هذا الحد بل طعنوه من ناحية التمتع بملك اليمين الذي أباحه الإسلام مرتبطاً بنظام الرق دون قيد بحد، وفي هذا إطلاق للفرائز الحيوانية وإهدار لحقوق هذا الصنف من النساء .

ولدفع هذه الشبهة نبين هنا في إيجاز نظام الرق في الإسلام لارتباط هذه المسألة به لأنها من ثرائه .

نظام الرق في الإسلام

كان هذا النظام سائداً في جميع الأمم حين جاء الإسلام ، فلم يكن من المعقول أن يلغي هذا النظام السائد مرة واحدة ، لأنه لو فعل ذلك لمرض أوارمه للمخالفة والامتهان ، ولأن نظام الرق كان دعامة الحياة الاقتصادية فالغزو بأمر واحد يمرض تلك الحياة لهزة عنيفة تقوض أركانها ، ولكنه أبقي عليه ونظمه بصورة تؤدي إلى إلغائه تدريجياً دون أن يؤدي ذلك إلى أثر سيء في نظام المجتمع الإنساني وهو أن يشعر أحد بتغيير مفاجئ في الحياة السائدة

فعمد إلى أسبابه فحصرها في سبب واحد وهو الأسر في الحرب المشروعة بعد أن كانت له أسباب كثيرة . منها النهب والخطف بطريق القوة ، وبيع الحرائر للانتفاع بأثمانهن ، والاستيلاء بالحروب غير المشروعة ، ووق الاستدانة أو الوفاء بالدين وما شاكل ذلك ، ومع هذا التضييق في أسباب فتح أبواب التعرير فارة بالتوغيب في الثواب « فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك رقبة ١٢ » .

وتارة يجعله وسيلة إلى تكفير الخطايا والذنوب كما في كفارة اليمين وكفارة الظهار والقتل خطأ . وكفارة النطر في رمضان عمداً يقول سبحانه :

« فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ^(١) » ويقول « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ^(٢) » ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ^(٣)

ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن أتى امرأته في نهار رمضان عمداً « أعتق رقبة » .

وتارة يجعل ولادة الأمة من سيدها سبباً في عتقها « أعتقها ولدها » .

وجعل من أسبابه تلك ذي الرحم المحرم « من ملك ذا رحم محرّم منه عتق عليه ^(٤) » بل أكثر من ذلك فقد جعله سقياً على الدولة ومصرفاً من مصارف الصدقات « وفي الرقاب » .

ولقد عنى القرآن بأمر التحرير والترغيب فيه بينما لا نراه في آية واحدة يأمر بالاسترقاق أو يرغب فيه .

وفوق ذلك أمر الإسلام بالإحسان إلى الرقيق وحسن معاملته « أخوانكم خولكم فأطعموهم بما تطعمون وألبسوا بما تلبسون » .

وأن رسول الله كان يحافظ على شعور العبيد بحفاظته على شعور الأحرار لأنهم من أصل واحد تجمعهم الإنسانية ، ولذلك أنكر على من عبر واحداً

(١) المادة - ٨٩ (٢) الجذالة - ٣ (٣) النساء - ٩٢ (٤) أنواع التحرير : المتق الطلق : والتدبير . والكتابة . والكفارة . وملك ذي الرحم المحرم . والاستيلاء .

منهم بقوله له : يا ابن السوداء « أنكر ذلك أشد الإنكار ونسب الميراث إلى الجاهلية
« إنك امرؤ فيك جاهلية »

هذا هو موقف الإسلام من أصل الرق، فتراه قد قضى عليه ولكن تدريجياً
بصورة منظمة وإقراره له إنما كان من الضرورات فالأفضل عنده الحرية
للناس جميعاً .

فما نسمع عنه من نظام الجوارى الموجود في بعض البلاد الآن فليس من
الإسلام في شيء ، لأنه جاء عن طريق شراء الحرائر فلا يحسب عليه .

وإذا كان الإسلام أباح لمالك الإمام التمتع بهن كما يتشبع الزوج بزوجه بدون
عقد زواج أو اقتصار على عدد معين حيث أطلق في ذلك .

« والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم
غير ملومين ^(١) » « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن
خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا » ^(٢) .

« ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت
أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ^(٣) إذا كان الإسلام أباح ذلك فليس لأنه أراد
انطلاق الفرائز الحيوانية من عقابها وتحريرها لها من القيود التي قيدتها بها
الحضارة كما يزعم أعداء الإسلام . بل لأنه أراد أن يجعل ذلك سبباً من أسباب
الحرية والقضاء على الرق .

وذلك لأن الإسلام خالف جميع للشرائع التي كانت قبله في القصد إلى
النتائج المقتبة على تسري الرجل بحواربه . فبينما كانت من المتفق عليه في
جميع الأمم التي أخذت بنظام الرق أن الأمة بعد تسري سيدها بها تبقى على

(١) المؤمنون - ٦٠٥ (٢) (٣) النساء - ٣٠٣

رقبتها ، وأن أولادها منه يتبعونها في ذلك مهما تطاول الزمن . إذ عدا الإسلام إلى جعل ذلك سبباً من أسباب إنهاء الرق والقضاء عليه ، فحكم بأن الأمة المستولدة من سيدها تصير بعد وفاته حرة ومنعه من تملكها لغيره في حياته ، وأن أولادها منه يكونون أحراراً بمجرد ولادتهم ، وإذا زوجها لغيره كان أولادها من ذلك الغير أحراراً بعد وفاته تبعاً لحرية أمهم .

ومن هنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن مارية القبطية لما ولدت له إبراهيم : « أعتقها ولدها » .

وقال « أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المسال » يريد بذلك أنها تمتنع بمجرد موت سيدها مهما كانت قبيلتها فلا تباع في دين ولا يقتصرعتها على ثلث التركة كشأن الوصايا التي لا تنفذ إلا من الثلث فقط . وأنها مؤخرة التنفيذ على سداد الديون .

لذا أنكر عمر بن الخطاب على من كانوا يحاولون بيع أمهات الأولاد بقوله « أبعد أن اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدماهن تريدون بيعهن ؟ » .
ذلك هو الفرض النبيل الذي قصده الشارع من إباحة للتسري دون أن يعيده بعقد أو يمدد أو يرققه على رضا الجارية ، لأنه وسيلة إلى حررتها وحرية نسلها إلى يوم القيامة .

إن النظر القاصر ينظر إلى المسألة من زاوية ضيقة . ينظر إليها من ناحية الشكل . شكل العلاقة بين الرجل وجاريته فيرى أنه ينبغي أن يحترم إنسانيتها فيؤخذ رأيها بالمقد عليها أو يحدد شركاؤها في النعمة بعدد معين كالحرائر .

لكن الشارع ينظر إليها من ناحية أسمى من هذه الناحية . ينظر إليها ككسوة لتحريرها وتحرير نسلها وإعادة إنسانيتها التي فقدتها أو كادت تفقدها بالرقبة .

ومن ذا الذي يقول إن وسيلة إعادة الحرية وخلقها من جديد يجب أن تقيد بالشكليات ؟ إن تقييدها يؤدي لا محالة إلى تقييد مسالك الحرية وتضييقها وحصرها في أضيق نطاق .

من هذا نرى أن الطعن في تشريع الإسلام نشأ عن عدم الفهم لأحكامه والتمعق في معرفة أرارها وحكمها . ولولا خشية الإطالة لمرضنا الكثير من هذه الطعون . فنكتفي بهذه الأمثلة وننتقل إلى الكلام على طريقته في التشريع .

طريقة التشريع في هذا الدور

جاء التشريع الإسلامي ليمالج ما كان عليه الناس من مفاسد اعتقادية وخلقية وعملية ، وليضع لهم دستوراً يحكمهم يسرون عليه في كل شيء ، فبدأ بإصلاح العقيدة وتهذيب الأخلاق ، ولما تم له ذلك . وتخلصت النفوس من رواسب الوثنية ، وتحلت بحمل الصفات الإنسانية اتجه إلى إصلاح الحياة العملية وتنظيمها ، وكان في ذلك واقعياً يسير مع الحوادث متجنباً سبيل الفرض والتقدير ، فرض الحوادث بعد تحيلها وتقدير أحكام لها .

فكلما وقعت حادثة تتطلب حكماً لجأ الصحابة إلى رسول الله — باعتباره المرجع الوحيد لهم — يسألونه البيان ، فإذا لم يكن عنده حكماً تطلع إلى السماء فيأتيه الوحي قارة بآية أو آيات من القرآن فيها جواب سؤالهم ^(١) ، أو به

(١) من ذلك ما رواه أصحاب السنن عن جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله بائنتها من سعد ، فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً ، وأن عمهما أخذ ملهما فلم يدع لهما مالا ، ولا ينكحان إلا بآل .

وبأحكام أخرى ، وطوراً ينزل بغير قرآن يبين الجواب ويترك له التعبير عنه وهو ما عرف بالسنة ، وآثا يتأخر الوحي فلا ينزل بهذا ولا بذلك ، وهنا يدرك الرسول أن الله وكل إليه بيان الحكم بجتهاده ، فيجتهد على ضوء ما نزل عليه من أحكام وما ألهمه الله من سر التشريع . مرة وحده ، وأخرى مع مشاورة أصحابه ، فإذا أصاب الاجتهاد وجه الحق أقره الله عليه ، وإن جازبه الصواب نبهه إلى ما وقع فيه من خطأ ، وقد ينزل عليه الوحي معاتباً لإياه على تسرعه في الاجتهاد . كما حدث بعد اجتهاده في أساري بدر ، وإذنه للمتخلفين في غزوة تبوك .

ومن هنا كان من خصائصه أنه جاء متدرجاً مع الزمن والأحوال ، فلم ينزل دفعة واحدة كغيره من التشريعات الساهوية السابقة ، ولم يصدر في وقت واحد كما هو متبع في التشريعات الوضعية .

ولا أدل على ذلك مما ورد في أسباب نزول آيات الأحكام ، وعجيء طائفة من الآيات جواباً لسؤال . أو رداً على استفتاء .

من ذلك قوله تعالى : « يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فلوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تنفقوا من خير فإن الله به عليم » (١) .

== فقال : « يقضي الله في ذلك » فنزلت آية الليراث ، فأرسل رسول الله إلى عمهما فقال : اعط ابنتي سعد الثلثين وأحهما الثلثين وما بقي فهو لك » .

ومعنى لا نكحنا إلا بال : أن الأزواج لا يرغبون في نكاحهما إلا إذا كان هندهما مال على عادة أهل الجملية ، والمراد بآية الليراث قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » .. الآيات . راجع نيل الاوطار ج ٦ ص ٤٨ .

(١) سورة البقرة آية ٢١٥ .

« يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل (١) » .

« يسألونك عن الحر والميسر قل فيها إثم كبير ومنافع للناس وإثمها أكبر من نفعها » ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو . كذلك بين الله لكم الآيات لعلكم تتفكرون . في الدنيا والآخرة . ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فآخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعتبكم إن الله عزيز حكيم ... وبعد آية يقول « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن (٢) » .

« يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات (٣) » .

« يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول (٤) » .

« يستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن (٥) » .

« يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلاله (٦) » .

ومثل القرآن في ذلك السنة ، فقد جاء كثير من الأحاديث جواباً لسؤال أو قضاء في خصوصية . سأل بعض الصحابة رسول الله فقالوا يا رسول الله : إنا نركب البحر الملح وليس معنا من الماء العذب ما يكفي الوضوء . أفنتوضأ بماء

(٢٠١) ، سورة البقرة آيات ٢١٧، ٢١٩ وما بعدها (٣) المائدة - ٣

(٤) الأنفال ١ - (٦٥) سورة النساء آيتي ١٢٧، ١٢٦ .

البحر فقال الرسول : « هو الطهور ماؤه الحل ميتة »^(١) .

وروى أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي عن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فقال : « اصرف بصرك »^(٢) .

وروى أحمد ومسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل فقال : يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تمطه مالك . قال : أرأيت إن قاتلني ؟ قال : قاتله ، قال : أرأيت إن قتلتني ؟ قال فأنت شهيد ، قال : أرأيت إن قتلتك ؟ قال هو في النار »^(٣) .

وروى البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة أن هنداً قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يمطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : « خذي ما يكفيك ولدك بالمعروف »^(٤) .

والحكمة في ذلك التدرج أن هذا النوع من التشريع يكون أقرب إلى القبول والامتنال خصوصاً مع أولئك العرب الذين كانوا في إجابة مطلقة تجعلهم ينفرون من التكليف بالجملة ، ولأنه ييسر لهم معرفة الأحكام وفهمها بوقوفهم على أسباب التشريع والظروف التي أحاطت به .

ثم إن هذا التدرج لم يقتصر على التشريع الكلي ، بل كثيراً ما سلك بهم هذا الطريق في تشريع الحكم الواحد . يتدرج بهم من حالة إلى أخرى حتى

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الاوطار ج ١ ص ١٣ .

(٢) المرجع السابق ج ٦ ص ٩٥ .

(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٧٦ .

(٤) المرجع السابق ج ٦ ص ٢٧٤ .

يصل إلى غايته ، كما حدث في تشريع الصلاة .

فقد شرعت أول الأمر صلاة بالفدأة ، وأخرى بالعشي ، فلما ألقوها شرعت خمس صلوات في اليوم والليلة ركعتين ركعتين ما عدا المغرب ، ثم أقرت في السفر وزيدت في الحضر إلى أربع في الظهر والعصر والمشاء .

وفي الزكاة كان للفروض فيها أولاً ما يستطيعه كل واحد من غير تحديد

« ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو »^(١) ، ثم حدد مقدارها وهو يختلف باختلاف الأموال فقد يكون العشر أو نصفه أو ربعه ، وقد يكون غير ذلك .

وفي تحريم الخمر سألوا أولاً عن حكمها ، فنزل (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها إثم كبير ومنافع للناس وإثمها أكبر من نفعها) . وليس في هذا تحريم ، وإنما هو بيان ما فيها من منافع ومضار ، حدث بعد ذلك أن شرب جماعة من الصحابة الخمر ، وقاموا للصلاة وهم سكارى ، فخلطوا في القراءة ، وتساءلوا وكادوا يقتتلون فنزل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون^(٢)) .

وهذا يفيد تحريمها في حالة خاصة وهي حالة الصلاة ، ولما سأل عمر بن الخطاب البيان الشافي وقال : اللهم بين لنا في الخمر بياناً شافياً نزل الحكم الأخير في قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، وإنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم

(١) العفو هو ما يسهل على الناس إتفاقه . ٢ - سورة النساء : ٤٣ .

منتھون^(١)) الميسر : القمار ، والأنصاب ، جمع نصب وهي الحجارة تنصب للعبادة ، أو للذبح عليها تقرباً ، والأزلام جمع زلم وهي القداح التي كانوا يضربونها إذا أرادوا أمراً من الأمور .

وكان تحريم الخمر بعد أحد سنة أربع في غزوة بني النضير على الرجاء ، وقيل في عام الحديبية سنة ست .

وفي تحريم الربا تدرج معهم في خطوات ، فبين لهم أولاً الفرق بين الربا والزكاة وأن الأول لانماء له عند الله ولا ثمرة له ، وأما الزكاة فهي مقبولة يضاعف الله الثواب لمعطيا . جاء ذلك في قوله تعالى في سورة الروم^(٢) .

« وما آتيتم من ربا ليبروا في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون^(٣) .

ثم جاءت الخطوة الثانية تبين أن هذا الربا ظلم وبسيبه حرم الله على اليهود كثيراً من الطيبات التي أحلت لهم ، فهي إنذار بخطر الربا عليهم . وفي هذا يقول سبحانه في سورة النساء^(٤) .

(فيظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيراً وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل

(١) المائدة - ٩١٠٩٠ روى أبو داود في مسنده عن ابن عمر قال : تزلت في الخمر ثلاث = آيات . فأول شيء تزلت : « يسألونك عن الخمر والميسر الآية » فقيل حرمت الخمر بعينها ، فقالوا يا رسول الله : نتنفع بها كما قال الله عز وجل ، فسكت عنهم ، ثم أنزلت آية « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » فقيل حرمت الخمر بعينها فقالوا يا رسول الله إنا لا نشربها قرب الصلاة ، فسكت عنهم ، ثم تزلت « يا أيها الذين آمنوا إذا الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان » .. الآية . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حرمت الخمر نيل الأوطار . ج ٨ - ١٤١

(٢) آية - ٢٩

(٣) يقول المفسرون : إن هذه الآية في حبة الثواب التي يعطيها الرجل لنفسه لمعطيه أفضل منها . وهذا ربا لا ثواب فيه . وقد قالوا إنه حلال . وأما ربا البيع فهو حرام .

(٤) الايتان ١٦٠ ، ١٦١ .

واعتدنا للكافرين منهم عذاباً أليماً .

ولما بين لهم أنه لا غناء فيه ولا يقبله الله ، وأن قضاى اليهود له سبب لهم حرماناً من كثير من الطيبات ، وهذان الأمران كافيان للتحريم والمنع جاءت الخطوة الثالثة وهي النهي عن قضايه ولكن لأقبح صورة كانت شائعة عندهم فقال جل شأنه في سورة آل عمران ^(١) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفاً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) .

ولما استقر في نفوسهم أن الربا لا فائدة فيه وأن الله لا يريد له جاء التحريم العام مصحوباً بالتهديد الشديد وإعلان الحرب على المرابين فيقول سبحانه في سورة البقرة ^(٢) :

(الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ السَّاذِجُ يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ . ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ، وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا . فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ . وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) يحق الله الربا ويربِّي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون . يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ . فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِمَحْرَبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) .

وهكذا في كثير من التشريعات ، ولا شك في أن هذا الأسلوب من التشريع هو العلاج الوحيد لمجوح نفوس هؤلاء ، والوسيلة التي بها يتقبلون هذه التكاليف وتحمل بينهم وبين النفرة منها .

(١) آية - ١٣٠ .

(٢) الآيات ٢٧٥ - ٢٧٩ .

وفي هذا تقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها : (لو نزل أول ما نزل
لا شربوا الخمر لقالوا لا ندع شربها أبداً ، ولو قال لهم لا تزونا لقالوا لا ندع
الزنى أبداً) .

أسلوب النصوص القرآنية في تشريع الأحكام

وما ينبغي ملاحظته هنا أن جمال التشريع الإسلامي لم يقف عند طريقته
الفريدة في نوعها ، بل تعدى ذلك إلى أسلوبه أيضاً ، فالقرآن الكريم لم يسلك
في تشريع الأحكام أسلوباً واحداً شأن القوانين الموضوعة ، بل نوع وغاير
وعدد الأساليب .

ففي طلب الشيء وإيجابه يبيح مرة بصيغة الأمر (خذ من أموالهم صدقة
تطهرهم وتزكّيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم)^(١) (وآتوا النساء
صدقاتن لحمة^(٢)) .

وأخرى بعبارة كتب التي تدل على التحتم (يأيا الذين آمنوا كتب عليكم
الصيام كما كتب على الذين من قبلكم^(٣)) « كتب عليكم القصاص في القتلى^(٤) »
كتب عليكم القتال وهو كرم لكم^(٥) ، وثالثة ببيان ما يترتب على الفعل من الخير
وحسن الجزاء .

« إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم
عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون^(٦) » .

(١) التوبة - ١٠٣ .

(٢) النساء - ٤ .

(٣) (٤) (٥) (٦) البقرة آيات - ١٨٣ ، ١٧٨ ، ٢١٦ ، ٢١٧ .

« الذين يعرفون بمهد الله ولا ينتقصون الميثاق والذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء الحساب . والذين صبروا ابتغاء وجه ربهم وأقاموا الصلاة وأنفقوا مما رزقناهم سراً وعلانية ويدرءون بالحسنة السيئة أولئك لهم عقبى الدار . جنات عدن يدخلونها ومن صلح من آبائهم وأزواجهم وذرياتهم والملائكة يدخلون عليهم من كل باب سلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار ^(١) » .

وفي طلب الترك وتحريم الفعل يحىء مرة بصيغة النهي . نحو قوله تعالى « ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف ^(٢) » « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ^(٣) » وأخرى بلفظ التحريم « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم . الآية ^(٤) » .

« حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقودة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيت وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ^(٥) »

(١) الرعد ٢٠-٢٤ (٢) النساء ٢٢ .

(٣) النساء - ٢٣، ٢٩ .

(٥) المائدة - ٣ ... ما أهل لغير الله به . ما ذكر على ذبحه غير اسمه تعالى من صنم أو وثن أو نحو ذلك « المنخقة » البيهية التي تموت بالحقن سواء أ كان بفعلها كان تدخل رأسها في موضع لا تستطيع للتخلص منه فتموت أم يفعل غيرها .

(الموقودة) البيهية التي تضرب بمثل غير محدد كخشب أو حجر حتى تموت ، وكانوا يضربونها بالصبي حتى إذا ماتت أكلوها .

(المتردية) . البيهية التي تسقط من علو فتموت من القردى بمعنى الهلاك .

وثالثه يعبر عنه بالتوعد الشديد على فعله « إن الذين يرمون المحصنات
الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ^(١) » ، والذين
ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويصدون في
الأرض أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار ^(٢) .

« ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه
وأعد له عذاباً عظيماً ^(٣) » .

وفي إباحة الشيء دون قصد طلب فعله أو تركه يصبر عنها مرة بالاحلال
وأخرى برفع الجناح أو الحرج « وأحل لكم ما وراء ذلكم ^(٤) » ، « اليوم
أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم
والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ^(٥) » .

« والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً فليس عليهن جناح أن يضعن

(التطيحة) . التي تنطعها أخرى فتموت من التطاح .

(ما أكل السبع) . أي ما بقى من الحيوان بعد أكل السبع منه .

(إلا ما ذكيت) . استثناء من التحريم ، أي ما أدركتم ذكاته من المشتقة وما عطف عليها
وفيه بقية حياة يضطرب اضطراب الذبوح وذكيتوه فإنه يحل من الذكوة وفي الاقام . يقال
ذكيت النار إذا أقيمت اشتعلها ، والمراد هنا . اقام فدى الوداج وانهار الدم (وما ذبح عل
النصب) جمع نصاب ككتب وكتاب أو نصب كعفف وسقف ، واحد الانصاب .

والنصب أحجار نصبوها حول الكعبة كانوا يذبحون عليها ويمطونها ويلطخونها بالدماء . وهي
غير الأصنام لأن الأصنام هي المصورة المتقوشة .

(١) النور - ٢١ (٢) الرعد - ٢٥ .

(٣) (٤) النساء ٢٣ ، (٥) المائدة ٥ .

ثيابهن غير متبرجات بزينة وأن يستغفرن حين هن والله سميع عليم . ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم وليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاناً فإذا دخلتم بيوتاً فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تعقلون ^(١) ، « ولا جناح عليكم فيما تراضيت به من بعد الفريضة ^(٢) » .

« فإن خفتم ألا يقيوا حدود الله فلا جناح عليها فيما اقتدت به ^(٣) » .

وفوق تنوع الأساليب في التعبير عن المعنى الواحد فإنه لم يجمع هذه النصوص في مكان واحد ، ولا في سورة واحدة شأن التشريعات الأخرى ، بل جاءت الأحكام مفرقة في سور القرآن مبثوثة في ثنايا آيات العقائد والأخلاق وآيات الله في الكون وأخبار الأمم السابقة .

كما أننا نجد الحكم الواحد ورد فيه عدة نصوص في مواضع عديدة بأساليب متنوعة . ليكون للقارئ متذكراً له في كل حين .

وهذا كله يدلنا على أن القرآن الجامع لهذه الأنواع من البيان نزل بهذه الصورة لا ليكون كتاب تشريع فقط ، بل ليكون كتاب هداية للناس ليخرجهم من الظلمات إلى النور ، وليكون معجزة لرسول الله تؤيد صدقه في دعواه الرسالة لا ارتفاع أسلوبه عن مستوى الذين أنزل بلفظهم وهم أهل الفصاحة وأرباب البيان .

(١) النور - ٦١٠٦٠ (٢) النساء - ٢٤ (٣) البقرة - ٢٢٩ .

أسس التشريع الإسلامي

ومع واقعية هذا التشريع ، وتدرجه مع الزمن فقد أقيم على أسس قويمـة تجعل منه تشريعاً صالحاً لكل وقت ملائماً لجميع البيئات ، وهي :

أولاً التيسير وعدم الحرج

المتابع للتشريعات الإسلامية يجد ما ناطقة بهذا المبدأ ، فاليسر ظاهر ، والحرج منفي ، فلا مشقة تعجز المكلفين عن أداء ما طلب منهم ، ولا حرج يلحقهم بما كلفوا به .

فالقرآن يقرر ذلك في صراحة :

يقول الله تعالى في آخر سورة البقرة : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، وفي آخر سورة الحج : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ، ويقول سبحانه بعد بيان الطهارة من الرضوء والغسل والتيمم : (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون ^(١)) ، ويقول بعد تشريع الصيام « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ^(٢) » ، ويقول في وصف الرسول : « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم ^(٣) » ،

(١) المائدة - ٦ :

(٢) - البقرة - ١٥٨ . (٣) الأعراف - ١٥٧ .

ويقول : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا »^(١) .

والرسول صلى الله عليه وسلم يؤكد ذلك في أحاديث كثيرة فيقول :
« يسروا ولا تصروا » ، ويصف ما جاء به من تشريع بقوله : « بمثل بالمة
السمعة الخفيفة البيضاء »^(٢) . وقد ثبت من سيرته أنه ما خير بين أمرين إلا
اختار أيسرهما ما لم يكن إثما . وأنه نهى عن السؤال عما لم ينزل به الوحي
حينما سأله الأقرع بن حابس عن الحج أفي كل عام يا رسول الله ؟ فقال : لو قلت
نعم لوجبت ، ذروني ما ترككم ، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم
واختلافهم على أنبيائهم ، وفي بعض الروايات : فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ،
وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم .

ويقول : « أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على
المسلمين فحرم عليهم من أجل مسألته » وأخيراً يقول : إن الله فرض فرائض
فلا تضيّعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ؛ وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت
عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها »^(٣) .

(١) النساء ٥٨ .

(٢) يريد بالسمعة التي ليس بها مشاق الطاعات كما ابتدعه الرهبان ، بل فيها لكل عذر
ورخصة ويتأني العمل بها القوي والضعيف ، وبالحنية أنها كلمة إبراهيم عليه السلام فيها إجابة
شعائر الله وكبت شمائر الشرك وإبطال التصريف والرسوم . وبالبشاة أن عليها وحسبها
والغاصد التي بنيت عليها واضحة لا يريب فيها من تأملها . وكان سليم العفل خير مكابر . راجع
حجة الله البالغة ج ١ ص ١٤٨ .

٣ - وفي رواية « دعنا عن أشياء - وحمة لكم لا عن نسيان - فلا تبشروا عنها » ورواه أبو
ثميلة الحنثلي . روى هذا الحديث للدارقطني والحاكم وصححه ابن كثير أيضاً ورواه ابن جرير
في التفسير ج ٧ ص ٥٥ . الاحكام لابن حزم ج ٨ ص ١٤ .

فهذه بعض النصوص المثبتة لهذا المبدأ في كتاب الله وسنة رسوله ، وغيرها
كثير

والمتتبع لأحكام الشريعة يجد مظاهر هذا الأصل في شئ نواحيها ، ففئة
التكاليف إلى مراعاة أعذار المعذورين إلى رفع التكليف أو عديم المأخذة في
حالة الضرورة ، كل أولئك يدل في وضوح على اليسر وعدم الحرج .

فالمبادات المشروعة في حقنا بسيطة في كنها وكيفها إذا قيست بالشرائع
السابقة ، فخمس صلوات في اليوم والليلة ، وصوم شهر واحد من اثني عشر
شهرًا ، وحج بيت الله الحرام مرة واحدة في العمر لمن استطاع إليه سبيلاً مع
إسقاطها عن المعذورين ، أو تأجيلها لوقت آخر حتى يزول عذرهم تكاليف
ليس فيها حرج ولا عنت .

والمحرمات التي حرمت علينا ومنعنا من تناولها قليلة إذا قيست بما أباحه
لنا بالأمر الصريح أو تركه على الإباحة من غير تحريم ولا تحليل .

يدل لذلك أننا وجدنا القرآن في مقام التحريم يعدد الأصناف المحرمة ، وفي
مقام الحل يطلق الإذن في عبارة عامة لكثرة ما ينطوي تحت هذا النوع من
الأصناف . ففي مقام تحريم بعض النساء يقول تعالى : « حرمت عليكم
أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم » . ثم قال بعد أن عدد الأصناف
« وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين »^(١)

وفي شأن تحريم المظنومات يقول : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم
الخنزير وما أمل لغير الله به والمتخلفة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل

(١) التـ ٢٣ - ٢٤ .

السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب ... الآية (١) .

وفي آية أخرى يقول : « قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم » (٢) .

وفي آية أخرى يصرح بأنه فصل ما حرمه علينا « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » (٣) .

أما في جانب الحل فيقول : (يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات (٤) وفي آية بعدها يقول : « أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » وفي غيرها يقول : « خلق لكم ما في الأرض جميعاً ، ثم ينكر على المهرمين من غير دليل : « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق » (٥) .

ومع أن ما حرمه قليل بالنسبة لما أباحه فقد رفع الجناح عن المضطر لتناول

(١) المائدة - ٣ .

(٢) الأنعام - ١٤٥ - « بلغ طالب للحرم وهو يحد غيره ، أو متأثر به على مضطر آخر .
عاد : احتاوز سد الجوعة أي تمتد في تناول .

قد يقال : إن آية المائدة عدت المحرمات عشرة وآية الانعام التي جاءت بصيغة الحصر عدتها أربعة فقط : والجواب أنه لا تنافي بين الآيتين لأن آية الانعام أجملتها وآية المائدة فصلتها . لأن المتخلفة والموقوفة والمردية والنطيحة أنواع من الميتة وما ذبح على النصب في حكم ما أهل لغير الله به .

(٣) الأنعام - ١١٩ (٤) المائدة - ٤ .

(٥) الأعراف - ٣٢ .

شيء من المحرمات ، « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » ، إلا ما اضطررتم إليه » ، فأبيسر بعد هذا التيسير 14

وفي تشريع المعاملات لم يفصل الأحكام كلها ، بل أتى بقواعد عامة صالحة للتطبيق في كل حين « يأيا الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١) ، « وأحل الله البيع وحرم الربا » (٢) ، « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٣) .

ثانياً : تحقيق مصالح الناس على اختلاف الازمان والبيئات : ذلك لأنه تشريع عام للناس كلهم « وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً » (٤) ، « قل يأيا الناس إني رسول الله إليكم جميعاً » (٥) ، فلو لم يكن عقداً لمصالح الجميع لكان نعمة عليهم مع أنه جملة رحمة لهم « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » (٦) .

ومن مظاهر هذا الأصل في عصر الرسالة وجود نسخ فيها (٧) . فقد يشرع الشارع حكماً للملامته الناس وقت تشريعه أو لمقصد خاص ثم تجزئ ملامته أو ينتهي الغرض المقصود منه . وأمثلة النسخ كثيرة في القرآن والسنة .

(١) المائدة - ١ (٢) البقرة - ٢١٥ (٣) النساء - ٢٩ .

(٤) سبأ - ٢٨ (٥) الأعراف - ١٥٨ (٦) الأنبياء - ١٠٧ .

(٧) النسخ هو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عن دليل الحكم السابق . وهو متعلق بل جوازه ووفره ولم يخالف في ذلك ، فيما نعلم ، إلا أبو مسلم الأصفهاني فإنه أنكر وقوعه في القرآن ، ولا مجال لمناقشة هذا الموضوع هنا فليرجع إليه من شاء في كتب الأصول والتفسير عند قوله تعالى (ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير) .

منها : أن الله أوجب الوصية للوالدين والأقربين بقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف . حقاً على المتقين »^(١) . ليعرفهم أن هؤلاء حقاً في أموالهم ، فلما امتثلوا ورضيت به نفوسهم نسخة الله بإيجاب ألصباء مقدرة بآيات المواريث ، وهنا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا وصية لوارث » على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

ومنها . أن عدة المتوفى عنها زوجها كانت أول الأمر عاماً كاملاً وكانت يجب على زوجها أن يرصي لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة كما جاء في قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهن متاعاً إلى الحول غير إخراج »^(٢) ثم قصص هذه المدة إلى أربعة أشهر وعشرة أيام بقوله تعالى : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً)^(٣) ونسخت الوصية لها بآية المواريث حيث جعل الله لها فريضة مقدرة . هي ربع تركه زوجها إن لم يكن له ولد . أو ثمنها إن كان له ولد .

ولقد كان جزاء الزناة في أول الأمر الإيسذاء والحبس في البيوت حتى تظهر منهم التوبة والإصلاح . جاء ذلك في قوله تعالى : (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم ، فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً . والذات يأتينها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها إن الله كان قابلاً رحيماً)^(٤) .

(١) البقرة - ١٨٠ (٢) البقرة - ٢٤٠ .

(٣) البقرة - ٢٣٤ .

(٤) سورة النساء - ١٦٠١٥ .

ثم نسخ ذلك بقوله (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ^(١) » .

كذلك أمر الرسول لما هاجر إلى المدينة بالتوجه في الصلاة إلى بيت المقدس قبله اليهود الموجودين بكثرة فيها ليعين لهم أنه ليس يدعأ من الرسل . وليرغبهم في الإسلام . وليظهر ما في علم الله مما عند هؤلاء من مكر وخداع ، واستمر على ذلك عاماً وبعض عام ، ثم نسخ هذا الحكم بأمره بالتوجه إلى الكعبة قبله أبيه إبراهيم وأول بيت وضع للناس ، وفي هذا نزل قول الله تعالى : (قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره ^(٢)) الآيات .

ولقد بعث رسول الله والناس يمدون الأصنام والأوثان ، واليهود يعظمون قبور أنبيائهم حتى اتخذوها مساجد ، وهذا يؤدي إلى الشرك بالله ، فنهى عن زيارة القبور خشية فساد العقيدة ، وفي هذا يقول : « قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد ^(٣) » . ولما سكن الإيمان قلوبهم وبعثوا عن الوثنية أذن

(١) النور ، ٢ . والقول بالنسخ في هذا الموضوع هو ما ذهب إليه جمهور العلماء وخالف أبو مسلم الأصمهاني في ذلك بناء على رأيه أنه لا نسخ في القرآن . ووجهه أن قوله تعالى ولللّٰهي ياتين الفاحشة من نسائكم ، أريد به المساقعة بين النساء ، وحسد من الحبس في البيوت حتى الموت ، وقوله (ولقد أنبأناها منكم) في اللواط ، وآية التور في الزانية والزاني راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٦٢ . والبحر المحيط لأبي حنيفة ج ٣ ص ١٩٤ وتفسير المنار ج ٤ ص ٤٣٨ وأحكام القرآن لأمن العربي ج ١ ص ١٤٨ وما يملعا وقد ذهب إلى عدم النسخ ولكنه وجهه توجيهاً آخر .

(٢) البقرة - ١٤٤ .

(٣) متنى الأصيل بشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ٧٨ .

لهم في زيارتها فيما رواه القرمذي عن بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لحمد في زيارة قبر أمه فزوروها فإنها تذكركم الآخرة (١) » .

ومن تأمل مواضع النسخ وجده قد يكون من الأخف إلى الأشد كما في نسخ حبس الزانية في البيت وإيذاء الزاني بالقول إلى الجلد أو الرجم ، وقد يكون بالعكس كما في عدة المتوفى عنها زوجها .

والحكم المنسوخ على كل حال كان ملائماً للحالة التي كانوا عليها فلما تغيرت شرع لهم الحكم الناسخ الذي يحقق غرض الشارع من شرعه ، ولولا ما كانوا عليه أولاً لشرعه من أول الأمر

وإذا تتبعنا الأحكام التي دخلها النسخ وجدت هذا المعنى واضعاً فيها .

خذ لذلك مثلاً عدة المتوفى عنها زوجها - جعلها الشارع أولاً عاماً كاملاً لتتطهر المرأة في بيت الزوجية من غير زواج ، وقد كانوا يحبسون المرأة ، ويمنعونها من الزواج مدة طويلة فيما كانت تخرج من بيت زوجها قبل مرور عام كامل (٢) تلبس فيه شر ثيابها وقد يمتد حبسها إلى آخر حياتها، وفي هذا إجحاف

(١) المرجع السابق ص ٩٤، وفي رواية أخرى عن أبي هريرة قال : زار النبي صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله، فقال استأذنت ربي أن استنفر لها فلم يؤذن لي، واستأذنته أن أزر قبرها فأذن لي فزوروا القبور فإنها تذكركم الموت (رواه الجماعة) .

(٢) روى البخاري ومسلم عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمرأة التي جاءت تستأذن رسول الله في أن تكتحل ابنتها حين اشتكت حينها بعد وفاة زوجها - (لا تكتحل) قالما مرتين أو ثلاثاً ثم قال : قد كنت إحسدكن فمكت في شر أحلاسها أو شريتها فإذا كان حول قمر كلب رمت بعمرة فلا حتى تمضي أربعة أشهر وعشراً) .

أي أنها كانت تمضي حولاً كاملاً في بيتها بدون زينة تلبس شر ثيابها فإذا مضى الحول خرجت

بها أيما إجحاف ، فلو جعل عدتها من أول الأمر أربعة أشهر وعشراً مع إباحة خروجها لنفروا منه ، ولما أذعنوا له ، لأنه يتناقض مع ما كانوا عليه كل المتأففة .

من أجل ذلك جعلها عاماً كاملاً ، وهو زمن ليس بالقليل ، وفيه إخراج لهم عن بعض ما ألفوه ، فإذا ما قبلته نفوسهم ، واطمأنت إليه قلوبهم جاء الحكم الأخير .

فالنسخ إذاً كان فيه مراعاة لأحوال الناس ومصالحهم في عصر النبوة ، وقد انتهت بوفاة الرسول ، فلا نسخ بعده .

أما مراعاة التشريع لمصالحهم بعد عصر النبوة فيتعلى في أمور :

منها : أن أحكامه شرعت لملل وحكم صرحت النصوص بيمضها ، وهي تنادي بذلك

ففي القرآن الكريم (لملككم تتقون) ، (ذلك أذكى لكم) ، (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) ، (كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم) ، (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) .

وفي السنة : « ألا فزوروا فإنها تذكر الموت » ، « إنكم إن فعلتم ذلك

ورمت ببرة أول كلب ير عليها لقرى من حضرها من الناس أن مقامها حولاً في هذه الحالات آمن عليها من ببرة رمي بها كلباً بالنسبة إلى قديمها وما يستحقه من الحداد . واجمع زاد المسلم فيها اتفق عليه البخاري ومسلم ج ٥ ص ٢٦٣ .

قطعت أرحامكم » وغير ذلك كثير ^(١)

وهذا التعليل يفيد - بوجه عام - أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمها فإذا كانت المصلحة التي شرع لها الحكم دائمة لا تتغير فلا يتغير الحكم أبداً لعدم وجود ما يقتضي التغيير . وإذا ثبت أنها تتغير تبعاً لتغير الظروف والأحوال تغير الحكم معها . وإلا لم تكن ثمة فائدة من شرعيته .

ومن هنا منع عمر بن الخطاب سهم المؤلفه قلوبهم بعد أن كان رسول الله يعطيهم - لما زال سبب التأليف .

ومنها اختلاف أسلوبة في التشريع ففي الأشياء التي لا تتغير مصالحها فصلها وبينها أجل بيان كالعبادات وبعض الأنظمة المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وميراث كما حدد عقوبات لبعض الجنايات التي لا تتغير مفسدتها على مر الأيام . كالقتل والزني والسرقة وقطع الطريق والقتل .

وفي الأشياء التي تتغير مصالحها أو تختلف باختلاف الأزمان كالمعاملات وما يتعلق بالنظام الاجتماعي أتى تشريعه فيها على هيئة قواعد عامة صالحة للتطبيق ليطبقها أولو الأمر حسبما يقتضيه صالح الناس .

ولذلك جعل للعرف أثراً كبيراً فيها . فإليه يرجع الفصل فيما ليس فيه نص منها . وسيأتي تفصيله إن شاء الله . ثم إنه بعد ذلك وجدناه يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ودفع المفسدة الكبيرة على دفع ما هو أقل منها . وهذا واضح في كثير من الأحكام . وسيأتي شرح لبعض أمثلة هذا النوع .

ثالثاً : تحقيقه للعدل بين الناس كلهم :

فالتشريع الإسلامي ينظر إلى الناس كلهم نظرة المساواة في الخفوض لأحكامه

(١) راجع هذا الموضع بتوسع في رسالتنا « تعليل الأحكام » .

وفي المأخذة على مخالفتها لا فرق بين حاكم ومحكوم ، ولا بين غني وفقير ، ولا بين شريف ووضيع ، ولا بين عربي وغيره ، ولا بين أبيض وأسود ، فلا يمقي شخص من المأخذة بما له من جاه أو سلطان .

فآيات العدل عامة لم تخص فريقاً دون آخر ، فالأمر فيها مطلق غير مقيد ، وفي بعضها تحذير من ترك العدل لأي سبب من الأسباب من بغض أو قوابة أو غيرها . قال تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » (١) .

« وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (٢) ، « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهادة بالقسط ولا يحرمكم شأن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون » (٣) .

« يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهادة الله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بها فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً » (٤) .

وهذا رسول الله يقول لمن جاء يشفع لامرأة من بني مخزوم سرت : « إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرت لقطعت يدها » .

وقصة هذه المرأة كما رواها البخاري ومسلم وغيرها

أن امرأة من بني مخزوم سرت حلياً أو متاعاً ورفع أمرها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالسرقة ، فخشى قومها أن ينفذ الرسول عقوبة السارق فيها فيفضحوا وجاءوا إلى أسامة بن زيد ، وكان معروفاً بحب النبي صلى الله عليه وسلم له ولأبيه زيد وكلموه في أن يشفع للمرأة ألا ينفذ فيها العقوبة وكلم

(١) النحل - ٦٠ (٢) النساء - ٥٨ (٣) المائدة - ٨ (٤) النساء - ١٣٥ .

رسول الله فخطب عليه الصلاة والسلام وقال : أتشفع في حد من حدود الله ؟
ثم جمع الناس فخطب فيهم قائلاً : يا أيها الناس إنما أهلك من كان قبلكم الخ .

فهذا الأسلوب القاطع في منخ المحاباة في إقامة حدود الله وتنفيذ أحكامه
يدل دلالة واضحة على أن المساواة بين الناس أصل أصيل في شريعة الإسلام .

أنظر إن شئت إلى ما قاله رسول الله في حجة الوداع بشأن إهدار ما بقي
من ربا الجاهلية بادئاً بإهدار ما كان لعمه العباس وهو أقرب الناس إليه .

« ألا إن ربا الجاهلية موضوع عنكم كله لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا
ولا تظلمون وأول ربا موضوع أبداً ربا عمي العباس بن عبد المطلب » .

ولما طبق الخلفاء والأئمة من بعدهم هذا المبدأ استقام لهم الأمر . ودخل
الناس في دين الله أفواجا حباً في الإسلام العادل ، وفراوا من جور غير المسلمين
من الحكام .

فهذا أبو بكر يقول في أول خطبة له : أما بعد أيها الناس فإني قد وليت
عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني .. ثم قال :
والضعيف فيكم قوي عندي حتى أرد عليه حقه إن شاء ، والقوي فيكم ضعيف
عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله » .

وهذا عمر وعده الذي ملأ الدنيا بعد رسول الله يحميه مصري شاكياً ابن
حاكم مصر من قبله (ابن عمرو بن العاص) لأنه ضربه من غير حق عندما
سبقه ، فيستدعي الحاكم وابنه ليعرض الخلافه ليقص منسه المظالم ، ثم يقول
للمصري : اضرب ابن الأكرمين ، وملتفت إلى عمرو ، ويوجه إليه الخطاب
(متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً) ؟

وكان إذا نهى الناس عن شيء جمع أهله فقال : إني نهيت الناس عن كذا

وكذا وإن الناس ينظرون إليكم نظر الطير إلى اللحم . وأقسم بالله لا أجسد أحداً منكم فعله إلا أضعفت العقوبة عليه .

ولقد ضرب ابنه أبا شحمة الحد في الشرب وفي أمر آخر فمات من ذلك . وقال مرة جلسائه : أرايتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم . ثم أمرته بالعدل أكنث قضيت ما على ؟ فرد الناس : بأن نعم ، فقال لهم : لا حتى أنظر في عمله أعمل بما أمرته أم لا :

لأنه رضي الله عنه كان يرى أنه مسئول شخصياً عن كل تصرف من تصرفات عمله ، ولقد قال مرة : (أيما عامل لي ظلم أحداً ، ويلغني مظلته فلم أغيرها فأننا ظلمته) وكان يقول للوالي : « افتح لهم بابك وياشر أمورهم بنفسك فإنما أنت رجل منهم غير أن الله يجعلك أثقلهم حملاً » .

وما كان رضي الله عنه يردد في رد الحق إلى صاحبه بأي وسيلة حتى ولو كانت تلك الوسيلة الضرب لكبير في قومه . انظر إليه وقد ظلم أبو سفيان مسلماً ، فبأمره برد الحق لصاحبه فيتردد أبو سفيان ، فيبوي عمر عليه بالدرة ولا يدعه حتى رد الحق إلى صاحبه .

كما كان ينصف المظلوم مهما كانت منزلته وجنسيته وديانته فلقد شكأ أحد الرعية من القرس الوالي إليه لأنه اغتصب أرضاً استغلها للنفع العام بغير رضا منه فكتب إليه عمر : بعد تحية الإسلام يقول : أنصف فلاناً من نفسك وإلا فأقبل والسلام .

ويروى أنه وقع بين الرشيد - وهو خليفة - وبين نصراني خصومة رفعها أمرها إلى القاضي أبي يوسف فحكم على الرشيد . وحين أدركنه الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أنني وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين إلا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسوّ بينها وقضيت على الرشيد ويكفي هذا هو عدل الإسلام في أحكامه وفي قضائه وهذا هو مسلك المطبقين له

مصادر التشريع في هذا الدور

ليس للتشريع مصدر في هذا الدور إلا وحي السماء ، كما صرح القرآن بذلك في غير آية (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى) (١١) ، و نزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء (١٢) .

والرسول صلى الله عليه وسلم كما أمر بتبليغ الوحي في قوله تعالى : (يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك فإن لم تفعل فما بلغت رسالته) (١٣) أمر ببيانه في قوله تعالى : (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم) (١٤) :

فبين ما خفى عليهم من القرآن ، وما ورد مجملاً فيه بإلهام الله تعالى كما جاء صريحاً في قوله تعالى : (لا تحرك به لسانك لتعجل به . إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه) (١٥) ، وقوله : (أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للغائبين حصياً) (١٦) .

وكان بيانه صلى الله عليه وسلم تارة بالفعل كما في الصلاة ، حيث صلى أمامهم ، ثم قال : (صلوا كما رأيتموني أصلي) ، وتارة بالقول كما في بيانه الزكاة التي أمرنا القرآن بإيتائها من غير بيان مقدارها . فقال الرسول . (هاتوا ربع عشر أموالكم) ، وأخرى بالتقرير فيما إذا رأى شخصاً يفعل فعلاً باجتهاده ، ويصيب فيه . فيقره على فعله بترك الإنكار عليه .

وهذا البيان بأنواعه هو المسمى بالسنة ، وهي أقوال الرسول وأفعاله

(١) النجم - ٤ ، ٣ (٢) النحل - ٨٩ .

(٣) المائدة - ٦٧ (٤) النحل - ٤٤ .

(٥) القيامة من ١٦ - ١٩ (٦) النساء - ١٠٥ .

وتقريراته ، فنأخذ من هذا أن الوحي نوعان : قرآن وسنة ، والكل من عند الله ،
وأن الله كما أمرنا بطاعته أمرنا بطاعة الرسول .

(يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) ^(١) . بل جعل طاعة
الرسول طاعة الله في قوله : (من يطع الرسول فقد أطاع الله) ^(٢) .

بقيت مسألة اجتهاد الرسول عندما كان يسأل عن الحكم ، ويتأخر الوحي
فيفتي السائل باجتهاده . هل يعتبر هذا الاجتهاد مصدراً ثالثاً للتشريع ؟

والجواب أن هذا الاجتهاد لا يعتبر مصدراً مستقلاً ، لأنه يرجع إلى الوحي ،
حيث إن إقراره له إن كان صواباً ، وبيان وجه الخطأ فيه إن كان غير ذلك
يجعله في النهاية مستنداً إلى الوحي .
إذاً تكون مصادر التشريع في هذه الفترة منحصرة في القرآن والسنة .

ومن أمثلة اجتهاده صلى الله عليه وسلم أنه شاور أصحابه فيما يفعله بأسارى
بدر ، فأشار أبو بكر بأخذ الفداء قائلاً للرسول : (يا رسول الله بآبي أنت وأمي
قومك فيهم الآباء والأبناء والعمومة وبنو العم والإخوان ، وأبعدم منك
قريب ، فاهن عليهم من الله عليك ، أو فادهم يستنقذهم الله بك من النار ،
نتأخذ منهم ما أخذت قوة للمسلمين . فلدل الله أن يقبل بقولهم .

وأشار عمر بقتلهم قائلاً : (يا رسول الله ، هم أعداء الله ، كذبوك وقاتلوك
وأخرجوك . اضرب رقابهم . هم رؤوس الكفر وأئمة الضلالة يواطىء الله بهم
الإسلام . ويندبهم أهل الشرك) . فاختار الرسول في النهاية رأي أبي بكر .
فنزل القرآن معاتباً له على ذلك (ما كان لبي أن يكون له أسرى حتى يشن ^(٣))

(١) و (٢) النساء - ٥٩ ؛ ٨٠

(٣) يشن : يفتلج على كثير من الأرض ويبلغ في قتل أعدائه .

في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كُتُلب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ^(١) .

ولعل ذلك العتاب يرجع إلى أن الرسول كان في أول مراحل الجهاد مع المشركين وهذا يقتضي أن يشتد معهم ولا يلين ، فيقتلهم ليكونوا عبرة لغيرهم . ومنه أن الرسول أذن للمتخلفين في غزوة تبوك بالبقاء ، وعدم الخروج وكان منهم المؤمنون الصادقون ، والمنافقون الكاذبون فنزل القرآن مبيناً خطاه ، وأنه كان يجب عليه أن يتثبت من أمرهم قبل الإذن .

« عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين ^(٢) . ومن اجتهد الذي لم يقره الله عليه ما ورد في قصة خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت حين ظاهر منها زوجها ، وقال لها : « أنت عليّ كظهر أمي » فقصدت رسول الله تشكو إليه قائلة : « إن أوساً تزوجني وأنا شابة مرغوب في » فلما خلت سفي ونثر بطخي جعلني عليه كامه ، فقال لها الرسول : « حرمت عليه » . فقالت يا رسول الله : ما ذكر طلاقاً ، وإنما هو أبو ولدي وأحب الناس إلي ، فقال : « حرمت عليه » وكلما ناقشته قال : « حرمت عليه » ، فقالت : أشكو إلى الله فاقني ووجدي « أي حزني » . فسمع الله لها ، وأنزل فيها قرآناً « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير » الآيات من أول سورة المجادلة بين فيها أن الظهار ليس طلاقاً ، بل هو قلب للحقائق ، والواجب فيه كفارة هي تحرير رقبة ، فإن لم يتيسر فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يتيسر فأطعام ستين مسكيناً ، وهذه الكفارة تأديب لمن يتلاعب بالألفاظ التي تهدد الأسرة بالانحيار والتفكك .

وكذلك ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أذن لبعض أصحابه في الاجتهاد إذا

(١) الأنفال — ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) التوبة ، ٤٣ .

كانوا بميدن عنه ، فاجتهد كثير منهم . إلا أن هذه الاجتهادات كانت تعرض عليه فيقر الصواب منها .

فلقد ثبت أن رسول الله لا أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً قال له : بم تقضي ؟ قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد ، قال فبسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد ، قال فبرأي أبي ، فقال الرسول : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله ، وهذا الحديث يعتبر أساساً في الإذن بالاجتهاد .

وروى أن رسول الله لا بعث علي بن أبي طالب قاضياً إلى اليمن قال له : إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء .

ولم يقف الأمر عند هذا ، بل تعداه إلى أن الرسول أمر بعض الصحابة بالقضاء في خصومة أمامه . فقد روى أنه صلى عليه وسلم قال يوماً لعمر بن الخطاب : أحمك في هذه القضية ، فقال عمرو . أجتهد وأنت حاضر ؟ قال : نعم إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر^(١) .

وحوادث اجتهاد الصحابة في أسفارهم كثيرة ، ولولا خشية الإطالة لعددنا منها الكثير .

بقي أن يقال إذا كان اجتهاد الرسول وأصحابه في هذا العصر مرده إلى الرعي فما فائدة الاجتهاد والإذن فيه ؟

والجواب : أن الشريعة الإسلامية خاتمة للشرائع ، وهي شريعة الله إلى يوم الدين ونصوصها لم تستوعب أحكام الحوادث الجزئية . ما جد منها وما لم يجد والحوادث

(١) راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ : وكتاب الأحكام لابن سزم ج ٦ ص ٢٦ .
واللبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٧٠ .

متجددة على مر الأيام ، فلو لم يكن هناك اجتهاد لاستنباط أحكام لهذه الحوادث الجديدة لوقفت الشريعة . وما وسعت كل شيء .

من أجل ذلك أذن الله لرسوله بالاجتهاد ، فاجتهد وعلم أصحابه ، وبين الله لهم في القرآن حلال بعض الأحكام لينفتح المجال أمامهم بالقياس عليها . فكان الاجتهاد من خصائص هذه الشريعة ^(١) .

«١» يقول صاحب تفسير المنار ج ٦ ص ٤٩٩ عند تفسير قوله تعالى « ولو شاء الله لجملكم أمة واحدة ولكن ليبوكم فيها آلائكم » ولو شاء الله أن يجملكم أمة الناس أمة واحدة ذات شريعة واحدة وبمحتاج واحد في سلوكها والممل بها للفعل بأن خلقكم على استعداد واحد والأزمتكم حالة واحدة في أخلاقكم وأطوار معيشتكم بحيث تصلح لها شريعة واحدة في كل زمن ، وحيث تكونوا كسائر أنواع الخلق التي يقف استعدادها عند حد معين كالطير أو النمل أو النحل . ولكنه لم يشأ ذلك بل جعلكم نوعاً متازاً يرتقي في أطوار الحياة بالتدريج . وعلى سنة الارتفاع فلا تصلح له شريعة واحدة في كل أطوار حياته بل جعل لكم في كل طور شريعة تصلح له لا لغيره ، وختم شرائعه ومنابعه بالشريعة الحميدة المبينة على أصل الاجتهاد . وجعل أمره في القضاء والسياسة والاجتماع شورى بين أولى الأمر من أهل المكانة والعلم والرأي ليوكم أي ليعاملكم بذلك معاملة المحتر بامتدادكم فيما أعطاكم من الشرائع .

ثم قال إن الفروق بين الشرائع تطهر بالفارقة بين اليهودية والنصرانية والإسلام ، فاليهودية شريعة مبنية على الشدة وقرية قوم ألوا العبودية والذل وفقدوا الاستقلال في الإرادة والرأي فهي مادية جسدية شديدة ليس لأهلها فيها رأي ولا اجتهد ، فالقائم بتنفيذها كلر في للطفل العارم الشكس .

والمسيحية يودية من جهة وروحانية شديدة من جهة أخرى ، فهي تأمر أهلها أن يسلوا أمورهم الجسدية والاجتماعية للفتن من أهل السلطة والحكم مما كانوا عليه من الفساد والظلم وأن يقبلوا كل ما يسامون به من الحسف والذل ، ويعملوا عنايتهم كلها بالأمر الروحية وقرية المواطنين والوجدانيات النسبة فهي تربية للنوع في طور التمييز عندما كان كالنظام اليقنع الذي تؤثر في نفسه الخطايات والشعريات .

وأما الإسلامية فهي القائمة على أساس العقل والاستقلال المحقة لمنى الإنسانية = بالجمع بين

وهنا يبرز سؤال آخر يقول : إذا كان الوحي ينزل على رسول الله وأبيح له الاجتهاد تعليمياً لأمته فلم تركه الله في بعض اجتهاداته يخطئ الصواب ثم يعاتبه بعد ذلك ولم يأمر يلهمه الصواب في كل ما اجتهد فيه ؟

والجواب أن وراء هذا الخطأ حكمة بالغة هي أن الاجتهاد من لوازم هذه الأمة وبخاصة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم ، والاجتهاد رأي وهو عرضة للصواب والخطأ . فخطأ رسول الله في اجتهاده يكون عزاء للمخطئين في اجتهاداتهم من جهة ، وإرشاداً للناس إلى احترام آراء المجتهدين وعدم التسرع في الحكم عليهم بالخطأ وعدم التشنيع عليهم فيما أخطئوا فيه من جهة أخرى .

كما يرشد المجتهدين إلى أن آراءهم لا ينبغي الوقوف عندها والتمسب لها حتى ولو ظهر خطأها بل ينبغي إعادة النظر فيها لاحتمال أنها مخالفة للصواب .

وبهذا يتحقق أن بمئة رسول الله كانت ولا تزال رحمة لهذه الأمة كما صرح القرآن بذلك « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

ويجب أن نلاحظ هنا الأمور الآتية :

الأول : أن الشريعة كملت أصولها وقواعدها قبل وفاة الرسول مصداقاً لقوله

مصالح الروح والجسد ، وهذا يصدق عليها قوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس » وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس » فهي مبينة على أساس الاستقلال البشري اللائق بمن الرشد وطور ارتقاء العقل ، ولذلك كانت الأحكام الدنيوية في كتابها قليلة وفرض فيها الاجتهاد ، لأن الراشد يفرض إليه أمر نفسه فلا يقيد إلا بما يمكن أن يعقله من الأصول القطعية . ومن مقومات أمته اللبية التي تختلف باختلاف الزمان والكان ثم قال : ومن فقه ما حققناه علم أن حجة الله تعالى بأكواله الدين بالقرآن وختمه النبوة بعهد صلى الله عليه وسلم وجعل شريعته عامة دائمة لا تظهر إلا ببناء هذا الدين على أساس العقل ، وبناء هذه الشريعة على أساس الاجتهاد . وطاعة أولي الأمر الذين هم جماعة أهل الحل والعقد . فمن منع الاجتهاد فقد منع حجة الله تعالى وأبطل مزية هذه الشريعة على غيرها . وجعلها غير صالحة لكل الناس في كل زمان » ١٥

تمالي « اليوم أكملت لكم دينكم وأنمت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً »^(١) التي نزلت في حجة الوداع قبل وفاة الرسول بثلاثة أشهر ، ولذلك قيل لم ينزل بعدها حلال ولا حرام .

وعلى هذا يكون التشريع على الحقيقة انتهى بوفاة الرسول ، ولم يبق إلا التطبيق للقواعد ، والاستنباط من النصوص .

الثاني : كان الرسول هو المرجع في القضاء والاستفتاء وحده تبعاً لاتحاد مصدر التشريع ، ومن هنا لم يوجد في واقعة من الوقائع أكثر من رأي واحد ، ولم يلجأ أحد في استفتائه إلا إلى الرسول ، والأحكام التي صدرت في خصومات من أحد الصحابة في البلدان البعيدة لا تعتبر تشريعاً إلا إذا أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم .

الثالث : أن الفقه في هذا الدور كان واقعياً عملياً ، وقد انتهى ولم يدون منه شيء غير ما جاء في القرآن ، لأن الرسول أمر بكتابته ، ونهاهم عن كتابة السنة خوف اختلاطها بالقرآن .

وفي نهاية هذا الدور يقول رسول الله لأصحابه . « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي » .

(١) المائدة - ٣ .

الدور الثاني دور البناء والكمال

ويبدأ من سنة ١١ هـ وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً .

قدمنا أن الرسول اجتهد في بعض الحوادث . وأذن لأصحابه في الاجتهاد ، بل ودرجهم عليه مع زول الوحي تمهيداً للحياة المستقبلية ، وإعداداً لهم للخلافة . فما أن انتهى الدور الأول ، وهو دور التأسيس ووضع القواعد والمبادئ بوفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدأ الدور الثاني ، وهو دور البناء والكمال .

وهذا الدور — بوجه عام — كان مطبوعاً بطابع الاجتهاد^(١) وأخذ الأحكام من النصوص إن وجدت ، فإن لم توجد فبالرأي الجماعي متى أمكنت المشورة فيما يتعلق بشأن الجماعة . أو الفردي إذا تعذرت الشورى ، أو كان الأمر متعلقاً بمسائل فردية .

فكان كل من تأهل للاجتهاد يجتهد فيما نزل به وفيما استفتى فيه متى تعينت عليه الفتوى ، ومن لم يبلغ هذه المنزلة لجأ إلى غيره من أهل الفتيا .

وكانت حرية الاستفتاء مكفولة أول الأمر ، فلم يكن الشخص ملزماً باستفتاء

(١) والاجتهاد هو بذل الفقيه غاية جهده لاستنباط الحكم الشرعي من أدلتنه التنصيلية ، ويشترط في المجتهد أن يكون عالماً بكتاب الله وسنة رسوله وبأسرار الشريعة مع علمه باللغة العرب وجميع الرسائل الأخرى التي يتوقف عليها الاستنباط . فإذا توفر فيه ذلك وجب عليه الاجتهاد إذا لم يجد حكم الواقعة صراحة في نص من النصوص ولم يكن مجمعاً عليه من قبل . وإذا لم يتوفر فيه ذلك وجب عليه أن يسأل غيره عن تأمل لذلك لقوله تعالى « فاستأْزِاْ أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » .

شخص معين ولا تقليد واحد بعينه ولم يوجد ذلك التقليد^(١) إلا عندما تكونت المذاهب الفقهية وتميزت عن بعضها ، وأصبح لها أتباع يسرون في فلکها ، ومع هذا التقليد لم ينته الاجتهاد دفعة واحدة ، بل كان السبيل إلى استنباط الأحكام التي لا يوجد فيها نقل عن الأئمة كما صرح^(٢) بذلك الفقيه الحنفي أبو الحسن الكرخي المتوفي ٢٤٠ هـ .

وهذا الدور ينقسم إلى ثلاث مراحل ، كل مرحلة تتميز عن الأخرى ببعض الخصائص .

(١) يقول ابن حزم في كتابه الأحكام جـ - ص ١٤٦ : إن يدعه التقليد ظهرت في الناس وابتنى بها بعد الأربعين ومائة من تاريخ الهجرة وهي بعد القرون الثلاثة التي أخبر عنها الرسول صلى الله عليه وسلم . ثم لم تزل حتى عمت بعد المائتين إلا من عصم الله .

(٢) يقول الكرخي في رسالته الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية : الأصل أن الحادثة إذا وقعت ولم يجد للقول فيها جواباً ونظيراً في كتب أصحابنا فإنه ينبغي له أن يستنبط جوابها من غيرها . إما من الكتاب أو السنة أو غير ذلك مما هو الأقوى فالأقوى فإنه لا يعدو حكم هذه الأصول .

المرحلة الأولى :

عصر الخلفاء الراشدين

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم انتقلت قيادة الأمة في أمور الدين والدنيا إلى خلفائه الراشدين ، وكبار الصحابة ، فواجهوا أحداثاً لم تكن في عصر النبوة لاتساع رقعة الدولة الإسلامية بفتح الشام والعراق ومصر وفارس وغيرها ، وفي هذه البلاد نظم لم يألفوها ، وعادات وتقاليد تباير ما عندهم في شبه الجزيرة العربية . وأحداث جديدة ما كانت تعرض لهم في بلادهم ، وكل ذلك يتطلب حكم الإسلام فيه ، وهم بحكم قيادتهم مكلفون بهذا فإذا يفعلون والنصوص لم تصرح بالكثير منه ؟ فلم يكن لهم منفذ إلا الاجتهاد ، واستعمال الرأي على ضوء القواعد الشرعية ، فاجتهدوا تأسيساً برسول الله واستصحاباً لإذنه لهم بالاجتهاد في عصره ، واستنباطاً من تعليل النصوص لبعض الأحكام ، فإن هذا التعليل إشارة إلى أن التشريع قصد به تحقيق مصالح الناس ، وهذا يدعو إلى الاجتهاد عند فقدان النص المريح .

طريقتهم في الفتيا والقضاء

إذا وقعت الحادثة بحثوا عن حكمها في كتاب الله ، فإن وجدوه حكموا به ، وإن لم يمتروا عليه فيه التمسوا حكمها في السنة ، فإن لم يسقطهم نص من هذين جمع الخليفة كبار الصحابة وشارهم في الأمر ، فإذا اتفقوا على رأي صدر

الحكم الجماعي ، وإن اختلفوا أعادوا النظر ، وقلبوا المسألة على جميع وجوها
الممكنة ، فإذا لم يوجد اتفاق أخذ فيها برأي الأغلبية ، وفي هذه الحالة تسلم
الأقلية لرأي الأغلبية حسماً لمادة الخلاف ، وهذا طبعاً في المسائل التي لها ماس
بالحكم . أما المسائل الفردية التي تخص الأشخاص فإنه كان يكفي فيها
الاجتهاد الفردي .

وبما يدلنا على أن هذه كانت طريقتهم ما رواه البغوي في مصابيح السنة
قال : كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله ، فإن وجد فيه
ما يقضي به بينهم قضى به ، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك
الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياء خرج فسأل المسلمين وقال أأفني كذا وكذا فهل
علمت أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه نفر كلهم يذكر
عن رسول الله قضاء فيقول أبو بكر : الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن
نبينا ، فإن أعياء أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم ،
فإن اجمع رأيهم على أمر قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياء أن يجد في
القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء ؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه
بقضاء قضى به ، وإلا دعا رؤوس المسلمين ، فإذا اجتمعوا على شيء قضى به^(١).

فهذه أساليبهم فيما كان يمرض عليهم من قضايا ، وبه أوصوا قضاتهم الذين
كانوا يرسلونهم إلى المدن البعيدة بعد أن فصل أمر القضاء عن الولاية لما كثرت
الأعمال في عهد عمر .

فلقد أثر عن عمر رضي الله عنه أنه لما ولي شريحاً أمر القضاء في الكوفة قال
له : أفض بما استبانت لك من قضاء رسول الله ، فإن لم تعلم كل أقضية رسول

(١) إعلام للمؤمنين ج ١ - ص ٧٠ .

الله فاقض بما استبان لك من قضاء أئمته المهتدين ، فإن لم تعلم كل ما قضت به الأئمة المهتدون فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح

وبعد فقرة من الزمن أرسل له كتاباً يذكره بالخطبة القوية الواجب اتباعها فيقول له : إذا حضرك أمر لا بد منه فانظر في كتاب الله فاقض به ، فإن لم يكن فقياً قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يكن فقياً قضى به الصالحون وأئمة العدل ، فإن لم يكن فأنت بالخيار . إن شئت أن مجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وإن شئت أن توأمني ، ولا أرى مؤامرتك إياي إلا خيراً لك^(١) والسلام .

من ذلك نرى أنه جد مصدر جديد للفقه . وهو استعمال الرأي الذي لم يحدد بمعنى خاص في هذا الوقت ، بل كان - كما يقول ابن القيم في إعلام الموقعين - ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات .

والرأي عندهم - كما رأيت - نوعان : رأي جماعي ، ورأي فردي ، أو اجتهاد الجماعة واجتهاد الفرد ، ونحن إذا تتبعنا مواضع استعمالهم للرأي وجدنا هذه الكلمة شاملة لأنواع الأدلة التي تميزت بأسماء خاصة فيها بعد . كالتقياس والاستحسان والاستصلاح مع ملاحظة أنهم لم يهتموا بالمعرف .

ومع استعمالهم الرأي لم يكن الواحد منهم يحزم بأن هذا حكم الله ، بل

(١) ففي هذا الكتاب يرسم له طريق القضاء السليم ويخبره في النهاية بين الاجتهاد وبين أن يكتب إليه ويحمل المكتابة خيراً له ، لأن طريقة عمر فيها يأتيه من ولاته وقضاة هي للشريعة وأخذ الرأي الجماعي وبه تكون المكتابة إليه بشأن الخصومة التي ليس فيها نص ولا قضاء سابق أحسن من قضاء القاضي برأيه وحده .

ينسبه إلى نفسه إن كان خطأ .

يدل لذلك ما روى عن أبي بكر الصديق أنه كان إذا اجتهد وبارئ له الرأي الراجح عنده يقول : هذا رأيي ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله .

وما روى عن عبد الله بن مسعود لما سئل عن المرأة التي تزوجت ، ولم يفرض لها زوجها صداقاً . ومات قبل أن يدخل بها قال : أقول فيها برأيي « لها مهر مثلها لاوكس^(١) ولا شطط » فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريثان » .

وأخرج الطبراني عنه أنه قال : عسى رجل أن يقول إن الله أمر بكذا أو نهى عن كذا ، فيقول الله عز وجل له : كذبت ، ويقول : إن الله حرم كذا وأحل كذا ، فيقول الله عز وجل : كذبت .

ولقد كتب كاتب لعمري في فتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر . فقال له بشياً قلت . هذا ما رأى عمر ، فإن يكن صواباً فمن الله . وإئت يكن خطأ فمن عمر ، ثم قال : السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة^(٢) .

وفي رواية أخرى « يا أيها الناس . إن الرأي كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً لأن الله كان يريه ، وإنما هو منا الظن والتكلف ، وقال السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة » .

وروى عنه أنه كان يقول : « لا يقولن أحدكم قضيت بما أراي الله تعالى ،

(١) الركن التنص ، والشطط الزيادة . (٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ٦٢ .

فإن الله تعالى لم يجعل ذلك إلا لئيبه صلى الله عليه وسلم وأما أحدنا فرأيي يكون ظناً لا علماً^(١) .

وبما يؤكد ذلك أن الواحد منهم كان يسر ويحمد الله تعالى إذا ظهر له أن اجتهاده وافق حديث رسول الله .

من ذلك ما رواه مسلم^(٢) أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام وقبل أن يدخلها علم بوقوع الوباء بها فشاور المهاجرين فاشتلقوا ثم شاور الأنصار فاشتلقوا ثم شاور مشيعة قريش من مهاجرة الفتح فلم يختلقوا وأشاروا عليه بالرجوع . فقرر عمر الرجوع . فقال أبو عبيدة بن الجراح : أفراراً من قدر الله ؟ فقال عمر لو غيرك قالها يا أبا عبيدة ، وكان عمر يكره خلافه ، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله ، أرايت لو كانت لك إبل فهبطت واديا له عدوان « ناحيتان » إحداها خصبة والأخرى جدبة ، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله ، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله ، فجاء عبد الرحمن بن عوف وكان متقياً في بعض حاجاته فقال : إن عندي من هذا علماً سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه » قال . فحمد الله عمر بن الخطاب ثم انصرف .

ومنه ما روى عن ابن مسعود^(٣) أن سائلاً سأله عن المرأة التي تزوجت من غير أن يفرض لها زوجها صداقاً ثم توفي عنها فقال بمد شهر : أقول فيها برأيي فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن نفسي . وفي رواية فمن

(١) تفسير المنار ج ٥ ص ٢٩٥ نقلاً عن الإمام الرازي «دراجع تفسير البحر المحيط ج ٢ ص ٢٤٣» .

(٢) صحيح مسلم ص ٢٨٧ من القسم الثاني من الجزء الثاني .

(٣) فتح القدير لابن الهمام ج ٢ ص ٤٤٠ .

ابن أم عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان . أرى لها مهر مثل نسائها لاوكس ولا شطط . فقام رجل يقال له مقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها يروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا . فسر عبد الله بن مسعود سروراً لم يسر مثله قط بعد إسلامه (وبروع بكسر الباء في المشهور ويروى بفتحها) .

ولقد روى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الأثر بروايات أخرى مختصرة قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح .

وكذلك إذا اختلفوا في مسألة ثم روى لهم حديث صحيح عن رسول الله سلوا له وارفع اختلافهم ، وأمثلة ذلك كثيرة منها أنهم لما تنازعوا في الخلافة بعد رسول الله ، وقال زعيم الأنصار منا أمير ومنكم أمير . روى عبادة بن الصامت الأنصاري عن رسول الله أن الأنصار بايعوه على أن لا ينازعوا الأمر أهله ، وروى أنس بن مالك الأنصاري قول رسول الله « الأئمة من قريش » وقال أبو بكر لسعد زعيم الأنصار في مناقشتها : وقد علمت يا سعد أن رسول الله قال وأنت قاعد « إن الأئمة من قريش الناس برهم تبع لبرهم وفاجرهم تبع لفاجرهم » قال صدقت أو قال نعم ، لما قالوا ذلك سلمت الأنصار . رواه أحمد في المسند .

وثمة ظاهرة أخرى صاحبت استعمالهم للرأي لا تقل في أهميتها عن سابقتها وهي احترام الرأي المتبادل بينهم ، فإكان الواحد منهم يتمصّب لرأيه بمحاولة جعله مذهباً يرد الناس إليه عند الاختلاف في الاجتهاد حتى ولو كان صاحب سلطان ، والحادثة الآتية تصور لنا مدى ما وصلوا إليه من احترام بعضهم لأراء بعض .

روى الطبري أن عمر بن الخطاب - وهو خليفة - لقي رجلاً له قضية فسأله ماذا صنعت ؟ . فقال قضي علي بكذا ، قال عمر . لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال الرجل . فما يمنعك والأمر إليك ؟ فأجابه عمر . لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة رسوله لفعلت ، ولكنني أردك إلى رأيي والرأي مشترك ولست أدري أي الرأيين أحق عند الله ^(١) .

وأمثلة إفتائهم بالرأي كثيرة . منها فتوى ابن مسعود السابقة .

ومنها . ما روى أن عمر رضي الله عنه رفعت إليه قضية وجل قتلته امرأة أبيه وخليها ، فاردد عمر في قتل الجماعة بالواحد ، لأن كتاب الله يقول : (النفس بالنفس) فقال علي : أرايت يا أمير المؤمنين لو أن لفرأ اشتركوا في سرقة جزور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم ؟ قال نعم . قال فكذلك فعمل عمر برأيه وكتب إلى عامله (أن اقتلها فلو اشترك فيه أهل صنمهم كلهم لقتلتم به) .

ومنها . إفتاؤهم بتضمين الصناعات إذا ادعوا هلاك ما عندهم من متاع بدون إقامة بينة على دعواهم ، وفي هذا يقول علي رضي الله عنه : لو لا يصلح الناس إلا ذاك .

ومنها منع عمر رضي الله عنه إعطاء المؤلف قلوبهم في خلافة أبي بكر لزال السبب الموجب لإعطائهم ، ووافقه أبو بكر على رأيه .

ومنها أنهم أفتوا بأن المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته تركه إذا مات

«١» راجع تاريخ التشريع لخنزري وحاشية المحوي على الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٣٩ .

لأنه بطلانه هذا يعتبر فاراً من ميراثها ، فمعاملة له بنقيض مقصوده حكموا بإراثها ، وكان عمر يقول : ثرت منه إذا مات وهي في العدة فقط ، وخالفه عثمان ابن عفان ، فقال ثرته مطلقاً . مات في العدة أو بعدها .

ومنها حكمهم بتشريك الجدتين في السدس بعد تقدم قضاء رسول الله به للجدّة من قبل الأم . روى مالك ^(١) عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال : أتت الجدتان إلى أبي بكر الصديق . فأراد أن يجعل السدس لتي من قبل الأم ، فقال له رجل من الأنصار : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما ، وروى مثل ذلك عن عمر .

اختلافهم في الاجتهاد وأسبابه :

ومع هذه الشورى والاجتهاد الجماعي وقع الاختلاف بينهم في الاجتهاد ، وهذا الاختلاف يرجع إلى أسباب نجملها فيما يلي :

أولاً : اختلافهم في فهم القرآن ، لأن دلالة آياته ليست قطعية كلها ، بل كثير منها ظني الدلالة ، إما بسبب لفظ مشترك بين معنيين ، فيحمله واحد على أحد المعنيين بينما يحمله الآخر على المعنى الثاني لفريضة تظهر له . كما في قوله تعالى

« والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » والقرء في اللغة مشترك بين الحيض والطمهر ، فحمله بمضمم على الحيض ، وقال عدتها ثلاث حيض ، وآخرون على الطهر . وقال عدتها ثلاثة أطهار .

وإما بسبب لفظ اختلف فيه هل هو حقيقة أو مجاز : كاختلافهم في أن

(١) الموطأ بشرح البابي ج ٦ ص ٧٣٩ .

الجد يحجب الإخوة من الميراث كالأب ، فذهب أبو بكر إلى ذلك ، لان القرآن سماه أباً « واتبعت ملة آباي إبراهيم وإسحق ويعقوب »^(١) ، ووافقة على ذلك ابن عباس ، وابن الزبير ، وابن عمر ، وحذيفة بن اليمان ، ومعاذ بن جبل ، وأبي ابن كعب وعائشة وغيرهم ، وخالفه في ذلك علي وزيد بن ثابت وابن مسعود فقالوا : لا يحجبهم بل يتقاسمون الميراث ، فلم يعملوه بمنزلة الأب ، وتسميته في القرآن بالأب كانت بطريق المجاز ، والرواية عن عمر مختلفة وإن كان المشهور عنه أنه يوافق أبا بكر في رأيه . ولقد أقر عنه أنه كان يقول لزيد وعلي ، لولا رأيكما لاجتمع رأيي ورأي أبي بكر في الجد . كيف يكون ابناي ولا أكون أباه^(٢) .

وروي أنه كان رأيه مع أبي بكر أولاً ، وكان زيد بن ثابت يرى عكس رأيها فلما تمحورا انتهت المحاورة برجوع كل منها عن رأيه واتفقا على التشريك بينهما في الإرث .

وإما بسبب تعارض ظواهر النصوص ، مثل اختلافهم في عدة الحامل المتوفي عنها زوجها ، فقال علي رضي الله عنه تعتمد بأبعد الأجلين جمعاً بين الآيتين (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يقربسن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً^(٣) وآية) وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن^(٤) ، وقال عمر وابن مسعود تعتمد بوضع الحمل عملاً بالآية الأخيرة لتأخرها في النزول .

(١) يوسف - ٣٨ وقوله سبحانه وتعالى « ملة أبيكم إبراهيم » وقوله « كما أخرج أبايكم من الجنة » .

(٢) راجع شرح السراجية ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٣) البقرة - ٢٣٤ :

(٤) الطلاق - ٤ .

ثانياً : اختلافهم في فهم السنة كذلك مع اختلافهم في حفظها ، فإنها لكثرتها لم يتيسر لواحد منهم حفظها كلها خصوصاً وأنها لم تكن مكتوبة ، فنشأ عن ذلك أن أحدهم يفتي برأيه حيث لم يوجد عنده حديث بينما يخالفه الآخر لوجود الحديث عنده .

ثالثاً : استمالمهم للرأي ، وهو يختلف باختلافهم ، لأنه لم يكن محمداً بنوع خاص كالقلناء عن ابن القيم فيما تقدم .

رابعاً : قد يكون الاختلاف راجعاً إلى اختلاف الزمن وتفسير أحوال الناس كما في مسألة ضوال الإبل . فقد كانت في عهد رسول الله . وفي زمن أبي بكر وعمر لا يتمرص لها أحد لنهي النبي عن ذلك بقوله للسائل : « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الكلاً » (١) ، « فلما تفتيت النفوس في زمن عثمان أمر بتعريفها فإن وجد صاحبها سلمت له . وإن لم يوجد بيعت

(١) روى مسلم بسنده عن زيد بن خالد الجهني أنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : أعرف عفاصها ووكامها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قال فضالة الغنم ، قال لك أو لأخيك أو للذئب ، قال فضالة الإبل قال : مالك ولها معها سقلاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها .

وفي رواية قال : عرفها سنة ثم أعرف وكامها وعفاصها ، ثم استنق بها فإن جاء ربها فأدبها إليه ، قال فضالة الغنم ، قال خذها فاقطعها لك ولأخيك أو للذئب . أعرف وكامها وعفاصها أي لتعلم صدق وأصبتها من كذبه . والمفاس الرعاء الذي يكون فيه اللقطة جدلاً كان أو غيره . والركاء هو الحيط الذي يشد به الرعاء . لك أو لأخيك أو للذئب . هذا نذب إلى أخذ ضالة الغنم صيانة لها عن الضياع أي لك أخذها وإن لم تأخذها أنت يأخذها الذئب .

قال النووي : فإذا أخذها وعرفها سنة وأكلها ثم جاء صاحبها لزمته غرامتها عندها . وعند الحنفية : راجع صحيح مسلم القسم الأول من الجزء الثاني ص ١٢٤ وراجع أيضاً نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٥ ص ٢٨٧ فإنه صرح بأن حديث زيد بن خالد متفق عليه .

واحتفظ بشئنا له حتى يحىء ، وفي زمن علي رضي الله عنه ما كانت تباع ، ولكن تبقى على ذمة صاحبها ، وتلف من بيت المال علناً لا يسمنها ولا يزلها . لأنه رأي المصلحة في ذلك ^(١) .

ولكن دائرة الاختلاف بينهم كانت محدودة لم تلشعب كما حدث في العصور التالية لأمر :

١ - تقرر مبدأ الشورى بينهم ، فإن الشورى تقضي على الخلاف في الغالب .

٢ - تيسر الإجماع لاجتماع كبار الصعابة وأهل الفتيا منهم في المدينة عاصمة الخلافة ، فقد كان عمرينهم عن الخروج إلى جهة أخرى إلا بإذن خاص منه .

٣ - تورعهم عن الفتيا ، وإحالة بعضهم على بعض . يقول ابن القيم ^(٢) : وكان السلف من الصعابة والتابعين يكرهون التسرع في الفتوى ، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره ، فإذا رأى أنها قد تعمقت عليه بذل اجتهاده في معرفة حكمها من الكتاب والسنة ، أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى .

وبروى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أنه قال : « أدركت عشرين ومائة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث ، ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا » .

(١) راجع شرح الباجي على الموطأ ج ٦ ص ١٤٢

(٢) أعلام الرقعة ج ١ ص ٢٧ ،

٤ - قة رواية الحديث لتحذير عمر لهم من ذلك خوف الكذب على رسول الله (١) ، كما كان يطلب من يروى له حديثا للبيئة على أنه ممعه من رسول الله .

روى البخاري (٢) بسنده ، إلى عبيد بن عمير قال : استأذن أبو موسى على عمر فكانه وجده مشغولا ، فرجع فقال عمر . ألم أسمع صوت عبد الله بن قيس أنذروا له ، فدعى له فقال : ما حملك على ما صنعت ، فقال إذا كنا نؤمر بهذا ، قال : فأتى على هذا بيئته أو لأقملن بك ، فانطلق إلى مجلس من الأنصار فقالوا : لا يشهد إلا أصغرنا ، فقام أبو سعيد الخدري فقال : قد كنا نؤمر بهذا ، فقال عمر : خفي على هذا من أمر النبي صلى الله عليه وسلم ألما في الصفق بالأسواق .

وكان أبو بكر قبله لا يقبل حديثا من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه يروي لنا مالك (٣) بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أنه قال : جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق تسأل ميراثها ، فقال لها أبو بكر : مالك في كتاب الله شيء ، وما علت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ، فارجمي حتى أسأل الناس ، فسأل الناس فقال المخيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه

(١) ولقد أصاب للعاروق في ذلك لأن بعض الذين رووا الأحاديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم أشبه عليهم بعضها . يدل لذلك ما رواه مطرف بن عبد الله أن عمران بن حصين ، قال ، والله إن كنت لأرى أبي لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن بطائي عن ذلك أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ، ويحدثون أحاديث ما هي كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لي كما شبه لهم ، فأعطك أنهم كانوا يفلطون لا أنهم كانوا يتمددون ، فأويل خلت الحديث لابن قتيبة ص ٤٩ .

(٢) صحيح البخاري ج ٩ ص ١٣٣ .

(٣) الرطاش شرح الباجي ج ٦ ص ٣٧ .

وسلم أعطاهما السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال محمد بن مسلمة
الأنصاري فقال مثل ما قال الخيرة ، فأنفذه لها أبو بكر الصديق . وكذلك
على من يمهده كان يحاف الراوي على أنه سمع الحديث من رسول الله ^(١) .

وهناك أمور يجب ملاحظتها :

الأول : أن الفقه في هذه المرحلة كان واقعياً عملياً يتبع الحوادث بحد
وقوعها كما كان في عصر النبوة فلم يفترضوا وقوع حوادث ثم يقدروا لها
أحكامها ، كما فعل بعض الأئمة فيما بعد لضيق وقتهم عن هذا العمل ، ولقلة
الورع عليهم ، وشدة تحرزهم من الخطأ حتى كان الواحد منهم إذا جاءه مستفت
أحاله على غيره .

فقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استفتى في مسألة سأل عنها ، فإن
قيل له وقعت أفتى فيها ، وإن قيل له لم تقع قال : دعوها حتى تكون .

وروى عن ابن عباس أنه قال يوماً لمولاه عكرمة : إذهب فأفت الناس
وأنا لك عون فمن سألك عما يعنيه فأفته ، ومن سألك عما لا يعنيه فلا فته
فإنك تطرح عن نفسك ثلثي مؤنة الناس .

(١) جاء في تأويل مختلف الحديث ص ٤٨ « وكان عمر شديداً على من أكثر الرواية أو
أبى يخبر في الحكم لا شامد له عليه . وكان يأمرهم بأن يقلوا الرواية يريد بذلك ألا يتسع الناس
فيها ويدخلها للشوب ويقع التبدليس والكذب من التلقا والفاخر والأعراي » .

وفي ص ٤٩ « وقال علي رضي الله عنه . كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم
حديثاً نفعتني الله بما شاء منه ، وإذا حدثني عنه حدث استطلعت فإن حلف لي صدقته ، وإن أبى
بكر حدثني ، وصدق أبو بكر » .

وراجع كذلك كتاب أبي يوسف في الرد على سيرة الأوزاعي والتعليقات عليه ص ٣٠ وما بعدها .

الثاني : أن الصحابة لم يتركوا فقهاً مدوناً ، بل أحكاماً وفتاوى محفوظة عنهم ، وعدم تدوينهم لها يدل على مبلغ احترامهم لحوية الرأي ، وأنه لا يلزم أحد بالالتزام رأي معين قد يكون صواباً ، وقد يكون خطأ ، وعبارتهم السابقة تاطقة بذلك . (١) ولثلا يشتغل الناس بتلك الفتاوى عن القرآن ، وهذا احتياط منهم كما احتاطوا بعدم جمع السنة خوف اختلاطها بالقرآن .

ولما اقتصر التدوين والكتابة على القرآن فقط حيث جمع مرتين . إحداهما في زمن أبي بكر ، والأخرى في زمن عثمان ، وسن فصل ذلك في موضعه إن شاء الله .

الثالث : أنهم لم يكونوا في استعمال الرأي في درجة واحدة ، بل كان منهم من يتعرج في الأخذ به خشية الكذب في دين الله ، وإن الرأي مهما كان عرضة للخطأ ، والحكم به حكم بغير دليل واضح من الشرع ، وكان على رأس هذه الطائفة عبدالله بن عمر ، وزيد بن ثابت .

ومنهم من توسع فيه لكنه ينسب الخطأ إلى نفسه - كما سبق - وعلى رأس هذه الطائفة عمر ، وعلي ، وعبدالله بن مسعود .

وهذا الاختلاف في طريقة الاجتهاد كان تمهيداً لتكوين مدرستين للفقهاء عرفنا فيما بعد باسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأي .

(١) يقول السرخسي في أصوله ج ٢ ص ١٠٧ : والدليل على أن الخطأ محتمل في قترام . ما روى أن عمر سئل عن مسألة فأجاب ، فقال رجل . هذا هو الصواب ، فقال عمر : والله ما يدري عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكني لم آله من الحق .

الرابع : أنه في هذا العصر وجدت اجتهادات تبعاً للمصلحة غيرت بعض الأحكام التي كان العمل بمقتضاها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم خصوصاً في عهد الخليفة الثاني عمر الفاروق رضي الله عنه . كما في مسألة إيقاع الطلاق الثلاث ، وتقسيم الغنيمة ، وإسقاط سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة ، وهذا التغيير ليس نسخاً كما قومه البعض ^(١) ، بل هو تغيير الحكم تبعاً لتغير علته ، أو زوالها ، وهو يتفق مع مبادئ الشريعة السامية التي تسير الزمن ، ولا تتخلف عن ركب الحضارة .

المرحلة الثانية : وهي عصر صفار الصعابة والتابعين « عصر الأمويين » . في هذه المرحلة جدت أحداث سياسية ، وغير سياسية كان لها أثر ظاهر في الفقه جعلته يختلف في أساليبه عما كان عليه في المرحلة السابقة ، وهذه الأحداث نجمها فيما يأتي .

أولاً : انقسام الأمة بسبب الخلافة والأحقق بها إلى طوائف ^(٢) ثلاث :

١ - خوارج : وهم جماعة من المسلمين لم يعجبهم سياسة عثمان في خلافته ،

(١) جاء في كتاب أصول القانون للدكتورين السنهوري وحشت أبي ستيبص ١٣٦ في بحث الكلام على الشريعة الإسلامية وتأثير الفقه والقضاء في تكوينها ما نصه « إن عمر يمكن اعتبار المؤسس لدعوة الرأي كما قدمنا ، فقد كان جريئاً في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام الماثورة عن النبي عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ، كما فعل في حرمان المؤلفة في قلوبهم ، وفي إيقاع الطلاق الثلاث » .

(٢) أما المرجئة وهم الذين اشتهروا أول الأمر بالاعتدال وعدم الغلو فخلعت الشيعة والخوارج فهم لا يخرجون عن جمهور المسلمين الذين وضوا حكم بني أمية إذا استثنينا غلاتهم كجهنم بن صفوان . لأنهم لم يكفروا أحداً بمصيبة مهما بلغت فأركن أمر الفصل في ذلك له وحده . تاريخ الاسلام للدكتور حمد إبراهيم ج ١ ص ٤١٧ .

كألم يعجبهم قبول عليّ التحكيم ، وتولى معاوية الخلافة بالقوة ، فخرجوا على الجميع ، وجعلوا مبدأهم : أن الخليفة يجب أن يختار بانتخاب حر من المسلمين . بصرف النظر عن كونه قرشياً أو غير قرشي . عربياً كان أو غير عربي . متى كان كفواً ، وأن الخليفة تجب طاعته ما دام عمله في حدود القرآن والسنة فإذا خرج عن ذلك وجبت معصيته ، ولقد استعملوا العنف في سبيل تحقيق مبادئهم ، وظلوا على ذلك طوال عهد الأمويين ، وشطراً من عصر العباسيين .

٢ - شيعة : وهم الذين تشيعوا لعلي وذريته ، ورأى في الخلافة : أنها تقتصر على علي وذريته ، لأن رسول الله أوصى بالخلافة له من بعده ، هؤلاء اختلفوا في مسلكهم فكان منهم المعتدلون ، ومنهم المتطرفون الأمر الذي جعلهم يتنوعون إلى زيدية وإمامية وإسماعيلية وغيرهم مما سجلته كتب التاريخ .

٣ - جمهور معتدل : وهم أهل السنة والجماعة الذين لم يذهبوا مذهب هؤلاء ولا مذهب هؤلاء .

وكان رأيهم في الخلافة : أنها ليست وصية لأحد ، بل الخليفة ينتخب من أكفاء قریش عملاً بالحديث « الأئمة من قریش »^(١) لما كان رأيهم في الصحابة أنهم سواء . وأن ما صدر عنهم من الخلاف كان اجتهاداً أو تأويل .

وهذه الطوائف الثلاث تميزت كل واحدة منها عن غيرها بسبب اختلافهم فيها يستدل به من السنة ، فالشيعة لا يقبلون حديثاً إلا إذا كان مروياً عن آل

(١) وفي حديث آخر « أن هذا الأمر في قریش لا يعادى أحداً الا كبه الله على وجه ما أناموا الدين » وهو يرشد إلى أن المراد بالحديث الذي معنا « الأئمة من قریش » إرشاد لقریش أن تتمسك بهذا الدين وتتولى شئونه حتى يكون لها الإمامة .

بيت الرسول ، والحوارج لا يقبلون إلا المروى عن رجالهم ، والجمهور يقبلون ما صح من الأحاديث بصرف النظر عن رواه .

ثانياً : انصراف الخلفاء الأمويين إلى السياسة ، وابتعادهم عن سيرة السلف من الخلفاء ، فأحدثوا أموراً لم تكن مشروعة في الإسلام . مما جعل العلماء ينظرون إليهم نظرة أخرى غير نظرهم للخلفاء الراشدين . فاجتنبوهم ، وحصلت الجفوة بينهم ولم يعد للشورى مكانها الأول .

فلقد أحدثوا ولاية العهد فكان الخليفة يجمع الناس في حياته ليعقد البيعة لابنه أو لأخيه إن لم يكن له ابن . ينزع منهم بيعة صورة يكره الناس عليها بقوته وسلطانه ، ولا يترك الأمر شورى للمسلمين .

ولما في هذا الأمر من مخالفة لأصول الشريعة أباه الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز ، وأعلن في الناس أنه متنازل عن الخلافة لما آلت إليه ، فلقد دخل المسجد بعد أن تولى الخلافة مباشرة ومعه المسلمون فصعد المنبر ثم قال : « أيها الناس إني قد ابتليت بهذا الأمر عن غير رأي مني فيه ولا طلبه له ولا مشورة من المسلمين وإني قد خلعت ما في أعناقكم من بيعتي فاختاروا لأنفسكم » فتصارع من في المسجد من المسلمين وقالوا بصوت واحد : قد اخترناك يا أمير المؤمنين .

ولما حضرته الوفاة طلب منه الناس أن يعهد بالخلافة إلى من يحب أبي وحذر المسلمين أن يقوموا فيها وقع فيه بنو أمية من الخروج على الإسلام في أصل من أصوله .

كما خالفوا حكم الإسلام في التبني الذي أبطله القرآن ، فقد استلحق معاوية زياد ابن أبيه ^(١) واعترف بأخوته له .

(١) وزيد هذا هو ابن عبيد الرومي وقبل استلحاق معاوية وفرح به مع أنه =

وفي هذا يقول سعيد بن المسيب : قاتل الله فلاناً « يريد معاوية » كان أول من غير قضاء رسول الله وقد قال : « الولد للفراس وللماهر الحجر » .

ومعنى الحديث . الولد للفراس ، أي لصاحب الفراس ، أي لمن كانت المرأة فراسه ، وللماهر أي للزاني الحجر ، والمراد به الحرمان والحياة ، والمعنى ليس للزاني شيء في الولد ، والعرب تقول : له الحجر وبفيه التراب ، ويريدون . ليس له إلا الحية ، وقيل كني بالحجر عن الرجم بالحجارة إذا زنى ^(١) .

وأكثر من هذا أن بعضهم كان يعمل برأيه ، فإذا ما ووى له ما يخالفه من السنة تمسك برأيه .

يقول الإمام الشافعي في رسالته ص ٥٤٦ ، أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار « أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال له أبو الدرداء : سمعت رسول الله ينهي عن مثل هذا : فقال معاوية : ما أرى بهذا بأساً ، فقال أبو الدرداء : من يعذرني من معاوية ! أخبره عن رسول الله ويخبرني عن رأيه !؟ لا أسألك بأرض ^(٢) .

ويعلق على ذلك الشافعي فيقول :

= يعرف فيه . فعل ذلك الرسول يقول في شأن التبنين « من ادعى لغير أبيه فليتبوا مقعده من النار » ويقول « من رغب عن أبيه فهو كفر » ورواه الشيخان .

(١) وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٧ ، وشرح السندي لسنن ابن ماجه ج ١ ص ٦١٩ .

(٢) السقاية الإماء الذي يشرب فيه . من يعذرني : أي من يقوم بمدري إن كلفته على سوء صليحه فلا يلومني .

ومذا الأثر رواه النسائي في سننه . ثم إن هذه القصة وقعت لمعاوية مع صحابي آخر هو عبادة بن الصامت في خلافة عمر بن الخطاب كما رواه ابن ماجه في سننه ج ١ ص ٧ وأن عمر لما علم بذلك كتب إليه « لا إمرة لك على عبادة واحمل الناس على ما قال فإنه الأمر » راجع تعليقات الشيخ أحمد شاكر على الرسالة .

فرأى أبو الدرداء الحجة تقوم على معاوية بخبره ، ولما لم ير ذلك معاوية فارق أبو الدرداء الأرض التي هو بها إعظاماً لأن ترك خبر الله عن النبي .
ومن ذلك تصرفات معاوية في أموال المسلمين فقد أنفقها على غير سنن الخلفاء الراشدين أنفق الكثير منها لمصلحته الخاصة ، فكان يشترى ضمائر كثير من أهل الكوفة والبصرة ليفسدهم على عليّ ، واستمر على ذلك حتى بعد أن استقام له الأمر ليجتمع الناس حول عرشه .

ثم أحدث مظاهر الترف التي لم يسبق بها قبى لنفسه قصرأ فخماً سخر فيه آلاف المال لنقل الأحجار والرمال .

فقال له أبو ذر التفاري في صراحة : « إن كانت هذه الأموال التي تشيد بها قصرك من أموال المسلمين فهي الحيانة وأن كانت من أموالك فهو الترف والإسراف » .

وكلمه مرة أخرى بشأن المال في خلافة عثمان فقال له : إن أموال الفيء من حقوق المسلمين جميعاً ، وليس لك أن تحتزن منها شيئاً ، ولكذك خالفت الرسول وأبا بكر وعمر وكثرتها لك ولبنى أمية ، لقد أغنيت الغني وأفقرت الفقير) .

وفي مناسبة أخرى يقول : (لقد حدثت أعمال ما أعرفها والله ما هي في كتاب الله ولا في سنة نبيه ، والله إنني لأرى حقاً يحبو وباطلاً يحبوا وشرعاً بغير نقي) .

ولقد استباحوا حرم المدينة ومكة مع أن الله حرم مكة في كتابه ، ورسوله حرم المدينة ، فبدأ يزيد بن معاوية فاستباح المدينة ثلاثة أيام .
وجاء من بعده عبد الملك بن مروان فأذن للجمعاج في أن يستبيح مكة ففعل

وليس معنى هذا أن كل خلفاء بني أمية كانوا يفعلون ذلك ، وإنما معناه أن ذلك كانت طابعهم العام خصوصاً في أول عهدهم ، وألا فقد أثر عن عمر بن العزيز خلاف ذلك ، فما كان يرى حرجاً في ترك قضائته ورأيه إذا ظهر أنه يخالف قضاء رسول الله =

فيها كل ما سولت له نفسه من إجرام لتخضع تلك البلاد المقدسة لبني أمية ولا تنس ما فعله ابن زياد عن أمر يزيد بن معاوية من قتل الحسين وأبنائه وإخوته وسبى بنات النبي صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً : تفرق علماء المسلمين في الأمصار الأخرى بعد أن كان عمر يمنعهم من الخروج من المدينة ، ليسهل التشاور في أمر المسلمين ، وهذا التفرق مدعاة للاختلاف وتشعب الاجتهادات ، لأن كل واحد يفتي بما يراه بعد اجتهاده من غير أن يلقى أخاه ويناقشه رأيه .

وإذا كان كل أقلم له عرفة وعاداته ، فالفقيه يتأثر في اجتهاده بالبيئة التي يعيش فيها ، فيفتي بما يلائم أحوالها ، كذلك القاضي ، فاختلفت أحكام القضاء ، حيث كانت القضية الواحدة ترفع في وقت واحد إلى قاضيين في مكانين مختلفين فيحكم فيها بحكمين مختلفين تبعاً لاختلاف الاجتهاد الأمر الذي تنبه له بعض^(١)

يقول الشافعي في رسالته ص ٤٤٨ : أخبرنا من لا أنهم عن ابن أبي ذئب عن محمد بن خلف قال : « ابتمت غلاماً فاستقلتته » ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، لقضى لي برده وقضى علي برد غلته . فأنبت عروة فأخبرته فقال : « أروح إليه المشية فأخبره أن هائلة أخبرتني أن رسول الله . قضى في مثل هذا أن الخراج بالصمان . فمجلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة عن هائلة عن النبي ، فقال عمر فما أيسر علي من قضاء قضيت الله يعلم أنني لم أرد به إلا الحق فبلغني فيه سنة عن رسول الله ، فأرد قضاء عمر ، وأنفذ سنة رسول الله ، فأرجأ إليه عروة فقضى لي أن أخذ الخراج من الذي قضى علي له » .

كما يروي لنا الشافعي أيضاً في ص ٥٠ من رسالته فيقول : أخبرني من لا أنهم من أهل المدينة عن ابن أبي ذئب قال : قال : قضى سعد بن إبراهيم (وهو قاضي المدينة وجده عبد الرحمن بن عوف) على رجل بقضية يراه ربيعة بن عبد الرحمن « ربيعة الرأي » فأخبرته عن النبي بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبي ذئب ، وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي بخلاف مما قضيت به فقال ربيعة : قد اجتهدت ومضي حكمك ، فقال سعد : وأعجباً لقد قضاء سعد ابن أم سعد وأرد قضاء رسول الله ؟ « بل أرد قضاء سعد بن أم سعد وأنفذ قضاء رسول الله : فدها سعد بكتاب القضية فشقه وقضى للقضى عليه .

(١) مر عبدالله بن القفح الذي كتب مכתاباً إلى المنصور يبين له مسأله الاختلاف في الاجتهاد في القضاء ، ويشير بأن يجمع الناس على رأي واحد ، ويؤثمهم العمل به دون غيره .

نفكرين في عهد العباسيين فأشار على أحد خلفائها يجمع الناس على رأي معين،
ولإزائهم به، ومن هنا جاءت محاولة المنصور العباسي مع الإمام مالك بن أنس،
ومن بعده هارون الرشيد .

رابعاً : شيوع رواية الأحاديث لما دفعتهم الحاجة إلى البحث عن الحديث
وتبع كثرة التحدث عن رسول الله ظهور المواضيع للحديث . فالفوا المقالات
وصاغوها على هيئة أحاديث نسبوها إلى الرسول تحقيقاً لرغبتهم في إفساد الدين،
وهذا من غير شك يتعب الفقيه، لأنه مضطر أولاً إلى البحث عن صحة الحديث
قبل الاستدلال به .

خامساً : اتجاه الجمهور المعتدل في مسلكتهم الفقهي إلى ناحيتين . الوقوف
عند النصوص ، والتوسع في استعمال الرأي والاجتهاد فتفرقوا فرقتين

فرقة وقفت عند النصوص ، فتوقفوا عن الإفتاء إذا لم يجدوا نصاً آخذين
بظاهر قوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ^(١)) فسموا لذلك بأهل
الحديث .

وفرقة أخرى رأت أن أحكام الله معللة بعلم وشرعت لغايات ، فتبعت علل
الأحكام وتوسعت في استعمال الرأي ، مستندين إلى فعل كبار الصحابة ، فسموا
لذلك بأهل الرأي، وكان مركز الفريق الأول المدينة بالحجاز ، ومركز الفريق الثاني
الكوفة بالعراق ، ولقد كان الفقه في مدرسة الحديث واقعياً، فلم يفرضوا المسائل
ويقعدروا لها أحكامها .

وفي مدرسة الرأي كان واقعياً أول الأمر ، ثم اتجه إل الفرض والتقدير لما

(١) الاسراء : ٢٦ .

وضعوا الضوابط والقواعد ليفرغوا عليها ، فما وقع من الحوادث أعطوه حكمه ، وما لم يقع فرضوه وأعطوه من الأحكام ما يتفق مع هذه الضوابط .

ولقد شاع في مناقشتهم . أن يقولوا في فروضهم : رأيت لو كان كذا وكذا . حق سمعهم خصومهم بالأرأيتين .

والسبب في اختلاف المدرستين . أن الحياة في الحجاز سهلة لبدائها ، وما يجد فيها من الحوادث قليل ، والأحاديث موفورة ، وفنارى أبي بكر وعمر كذلك ، فلم يكن هناك ما يدعوهم إلى استعمال الرأي إلا في القليل النادر . وأما العراق فبداهة حياة جديدة . ومدنيات مختلفة . والحوادث كثيرة ، والأحاديث لم تكن بالكثرة التي في المدينة ، وتشدّد الملأاء في شروط قبول الحديث بسبب ظهور الوضعين الحديث هناك كل ذلك جعلهم يتوسمون في استعمال الرأي .

تلك هي أهم الأحداث التي حدثت في هذه المرحلة ، ومنها اتسعت دائرة الخلاف مما يتعذر معه الإجماع إلا ما كان عن طريق المصادفة .

وقد انقضت هذه المرحلة ولم يدون فيها شيء من السنة أو الفقه ، ولم تتكون فيها مذاهب معينة ، فهي تشبه المرحلة السابقة من هذه الناحية ، وتخالفها من ناحية كثرة الاختلاف ، وتشعب الآراء .

المرحلة الثالثة : وهي تبدأ من أواخر عصر الأمويين وتنتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً حين ضعفت الدولة العباسية ، وانقسمت إلى دويلات صغيرة تابعة للخلافة إسمياً فقط .

في هذه المرحلة نشط الفقه نشاطاً عظيماً ، واتسعت دائرته ، وأصبح علماً

قائماً بنفسه بعد أن كان مقصوراً على الإفتاء والقضاء ، ووجدت طائفة من العلماء
تخصّصت فيه ، ووقفت حياتها عليه .

وتعتبر هذه المرحلة - بحق - مرحلة ازدهار الفقه الإسلامي ، وبمائه لأسباب
عديدة منها .

أولاً - رعاية الخلفاء العباسيين بالفقه والفتوى :

لأن دولتهم قامت باسم الدين لإرجاع الخلافة إلى آل بيت الرسول . فصبغت
بصبغة الدين وإن كان هذا في ظاهر الأمر ، لذلك شجعت العلماء وقرّبتهم .
فالمصور يحاول تقريب الإمام مالك إليه ، ويشير عليه بأن يجعل كتابه الموطأ
دستوراً للدولة تسير عليه ، ويترك الناس ما عداه ، وقيل : إنه هو
الذي أمره ^(١) بوضع هذا الكتاب ، فلما انتهى منه شاوره في أن يجعله دستوراً
للدولة ^(٢) .

والمهدي يفعل مع قضائه ما يزيدهم رغبة ، من ذلك ما روى أن شريكاً

(١) فقد روى أنه طلب منه أن يؤلف كتاباً يتجنب فيه شذائد عبد الله بن عمر وروعن
عبد الله بن عباس ، وشواذ عبد الله بن مسعود ، وأن يوطئه للناس توطيئاً .

(٢) كما حاول مع أبي حنيفة أن يوليّه القضاء ولكنه أبى كما يأتي في ترجمة أبي حنيفة
وكذلك حاول مع سفيان الثوري مثل ذلك وكتب له كتاباً يتوليّه القضاء على ألا يتصرّ له أحد
من الولاة في قضائه فأخذ الكتاب ومزقه ورماه في نهر دجلة واختفى .

ولقد كتب المنصور يوماً إلى أبي عبد الله جعفر الصادق . فقال له : لم لا تفشانا كما يفشانا
الناس ؟ فأجابه أبو عبد الله : ليس لنا من الدنيا ما نخافك عليه ، ولا عندك من الآخرة ما نرجوك
له . ولا أنت في نعمة فنحن نك بها . ولا نعدنا نعمة فنمزيك فيها ، فرد عليه المنصور بقوله : تصحبنا
لتصحبنا ، فأجابه أبو عبد الله : من يطلب الدنيا لا ينصحك ، ومن يطلب الآخرة لا يصحبك .

« القاضي ، دخل عليه ، فقال الخليفة للخادم : هات عود القاضي يعني البخور إكراماً لقاضييه ، فجاء الخادم بعود يضرب به ، لأنه لم يدرك غرض الخليفة ، ووضعه في حجر شريك ، فقال ما هذا ؟ فبادر المهدي (وقال : هذا عود أخذه صاحب العسس البارحة فأحببت أن يكون كسره على يديك . فدعاه وكسره ^(١) .

وهارون الرشيد يكرر محاولة تقريب الإمام مالك إليه ، ثم يقرب أبا يوسف صاحب أبي حنيفة ، ويكل إليه أمر القضاء والقضاة ، ويطلب منه وضع كتاب في نظام الإسلام للأموال وجبايتها ، ليكون دستوراً للدولة تسير عليه في هذا الباب ، فيستجيب أبو يوسف ويؤلف كتاب الخراج ، ومرة أخرى يرسل ولديه الأمين والمأمون لسماع موطن الإمام مالك منه في المسجد مع عامة الناس .

والمأمون من بعده يفتح بابه للمراءاة ، ويعقد بينهم المناظرات في مجلسه ، ويشجع المتفوقين منهم

فهذا التشجيع وتلك العناية تبعها إطلاق الحرية للفقهاء في اجتهادهم ، فاجتهد كل فقيه حسب الطريقة التي رسمها لنفسه ، ومن هنا تعددت الآراء في المسألة الواحدة ، كما أن القضاة لم يقيدوا بالقضاء برأي معين فأتسع المجال أمامهم حتى أخذت القضية الواحدة أكثر من حكم حينما تعرض على قضاة مختلفين في وقت واحد في بلدان مختلفة ، وهذه الأقضية وتلك الآراء تدخل في دائرة الفقه فتزيدها اتساعاً .

ومن مظاهر هذه الحرية أن القاضي كان يحكم على الخليفة حينما يختصمه شخص من عامة الناس ، ويجد الحق في جانب خصمه ، فيخضع الخليفة لهذا

(١) تاريخ القضاء ص ١٢٢ .

الحكم ثم ينفذه ، كما روى عن أبي يوسف أنه قضى على هارون الرشيد في خصومة له مع نصراني .

وما ينبغي ملاحظته هنا : أن حرية الاجتهاد ظلت مكفولة من الخلفاء ما دامت بعيدة عن مسائل الخلافة والسياسة ، فإذا مستها من قريب أو بعيد كان المنع ، بل كان الضرب والتعذيب ، كما حدث للإمام مالك لما أفتى بعدم وقوع طلاق المكره ، وقد كان الخلفاء العباسيون حينئذ يأخذون البيعة يحلفون الناس بالطلاق على عدم نقضها .

ثانياً : اتساع الدولة الإسلامية ، مما أدى إلى وجود خليط من العادات والتقاليد ، وكثرة الأحداث التي تتطلب أحكاماً شرعية ، وحرص المسلمين في كل مكان على أن تكون أفعالهم وتصرفاتهم مطبوعة بالطابع الإسلامي موافقة لمبادئ الشريعة وأحكامها . هذا الحرص جعلهم يرجعون إلى الفقهاء يستفتونهم في كل ما يعم لهم ، والفقهاء من جانبهم حرصون على القيام بواجبهم ، فلما ردوا سائلاً بدون جواب .

وقد تبع اتساع الدولة الإسلامية وروامي أطرافها أن تعددت مراكز الفقه فيها . ففي الحجاز نجد المدينة بفقهاءها ، ومكة بملائها الذين استوطنوها أو وفدوا إليها في مواسم الحج ، وفي العراق مقر الخلافة اشتهرت الكوفة والبصرة ومن بعدها بغداد بكثرة الفقهاء ، كما نجد فقهاء آخرين عاشوا في دمشق الشام ، أو فسطاط مصر ، وقد ورث هؤلاء وهؤلاء علم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين رحلوا إلى تلك البلدان ، كما أخذوا عنهم ما عندهم من الأحاديث فكان لكل مركز من تلك المراكز فقهه الذي يختلف عن فقه الآخرين من بعض الوجوه مما جعل نفوس الفقهاء تتطلع إلى ما عند غيرهم من علم وفقه ، فجاءت الرحلات العلمية التي قام بها بعض الفقهاء . كرحلة محمد بن الحسن ثلثيذ أبي

حنيفة إلى المدينة ، وتلقيه فقه الإمام مالك عنه وروايته كتابه الموطأ ، ورحلة الإمام الشافعي من الحجاز إلى العراق ، وبالعكس ، ومن العراق إلى مصر ، ورحلة الكثير من تلاميذ الإمام مالك إليه في مدينة الرسول .

ولا شك في أن هذه الرحلات أفادت الفقه كثيراً ، فزادت في نشره ، وقربت بين المذاهب المختلفة ، بل ومزجت بينها في بعض الأحيان ، كما فعل الإمام الشافعي في فقه الحجازيين والمراقيين .

ثالثاً - شيوخ الجدل والمناظرات بين الفقهاء

لما تعددت المذاهب وتكونت رغب أصحاب كل مذهب في معرفة ما في المذاهب الأخرى كي يقارنه بما عنده ليتبين له إن كان على صواب أم خطأ ، فإذا التقى فقيهان في مجلس سأل أحدهما الآخر عما عنده في مسألة معينة ، فإذا أجابه بما يخالف ما وصل إليه باجتهاده ناقشه رأيه ويطول الأخذ والرد بينهما حتى يسلم أحدهما للآخر أو يتمسك كل برأيه إذا لم يقتنع بما يقوله الآخر .

وهكذا نشأت المناظرات بين الفقهاء مع تكوين المذاهب ، ثم تطورت وزادت حتى عمت المجالس كلها . ففي المساجد ، وحلقات الدرس ، ومجالس الخلفاء . وأماكن المزاء كانت تعقد المناظرات ، ويحتمد الجدل بين أتباع المذاهب كل يدلي بما يؤيد مذهبه ، وقد تستمر المناظرة الواحدة أياماً عديدة يحاول كل طرف من المتناظرين ترجيح مذهبه ، فيفتش عن الأدلة التي تساعد .

وهذه المناظرات - كما ترى - لا تخلو من فائدة أقلها تمحيص الرأي والكشف عن الأدلة نتيجة التعمق في البحث . ولم يقتصر الأمر على المناظرة الشفوية ، بل تعداها إلى المناظرة بالمكتبة ، كما وقع بين الإمام مالك وبين الإمام الليث بن سعد ، فقد تناظرا في حجة إجماع أهل المدينة .

رابعاً : ترجمة العلوم الأجنبية

لما فتحت البلدان المختلفة دخل سكانها من غير العرب في الإسلام . وهم أصحاب ثقافات عديدة لا عهد للعرب بها رغب المسلمون في تعرف ما عند هؤلاء من ثقافات ، فترجعت العلوم إلى العربية ، ووقف الفقهاء على الكثير مما فيها ، فتأثروا بها ، وبخاصة المنطق والفلسفة ، لكن هذا التأثر لم يكن في أصل الاستنباط ، وإنما كان في طريقة الاستدلال على المسائل ، وترتيبه على مقدمات توصل إلى نتائجها . وأكثر ما كان ذلك في المناظرات .

خامساً : التدوين

لم يكن أحد بتدوين العلوم في العصور السابقة على هذا العصر ، فلم يدون غير القرآن الذي كتب في صحف متفرقة في عهد الرسول ، ثم جمعت هذه الصحف بعد إعادة كتابتها وكون منها مصحف في خلافة أبي بكر . ثم جمع المصحف مرة أخرى ووجد في عهد عثمان ، أما غير القرآن من السنة والاجتهادات التي وجدت فلم يدون منها شيء يذكر قبل هذه المرحلة . وإن وجد فهو محاولات فردية لم تلبث أن ضاعت مع الزمن .

أما عصرنا هذا الذي نتكلم عنه فقد كان للتدوين فيه شأن كبير ، قد دوت السنة ، وهي المصدر الثاني للفقهاء بعد القرآن ، كما وضع علم أصول الفقه ، وهو عبارة عن قواعد الاستنباط التي يسير عليها المجتهدون ، وترتيب الأدلة والشروط الواجب توافرها في المجتهد ، كما دون الفقهاء نفسه ، فبعض الأئمة دون مذهبهم بنفسه قبل وفاته . ومن مات ولم يترك وراءه مذهباً مدوناً دونه تلاميذه من بعده ، كما حصل في مذهب أبي حنيفة ^(١) .

(١) وسيأتي زيادة بيان لذلك في البحث الخاص بتدوين الفقه .

ولا ينكر ما لهذا التدوين من أثر في ازدهار الفقه والعمل على نشره وذيعه
فقد ذلل الصعاب أمام الفقيه . فبعد أن كان يبحث عن الحديث ويتلقفه من
السنة الرواة أضحي بجموده أمامه ، كما أصبحت قواعد الاستنباط ميسرة له ،
ولكن معظم الفقهاء بعد هذه المرحلة لم يفتقروا بهذا التيسير ، فساروا في
طريق آخر ، طريق التقليد فحبسوا أنفسهم في دوائر المذاهب لم يخرجوا عنها
إلا في القليل النادر ، كما سيأتي بيانه .

الفقه التقديري :

وإذا كان الفقهاء في عصري الخلفاء الراشدين والأمويين قد ساروا مع الواقع
في اجتهاداتهم ، ولم يبحثوا عن غيره ، ولم يتركوا لنافقها مدوناً ، كما لم
توجد عندهم تجميعات عند رأي معين ، ولا التفاف حول صاحبه ، فإن فقهاء
هذه المرحلة خلفوا لنا فقهاً مدوناً يتمثل في مذاهب متعددة التفرع حولها
الأتباع يقلدونها ويعملون بها ، فقهاً لم يقف عند أحكام ما وقع من أحداث ، بل
تخطاها إلى عالم الفرض والتقدير ، فرض الحوادث وتقدير وقوعها . واستنباط
أحكام ثلاثها اعتماداً للبلاء قبل زواله ، كما يقول أبو حنيفة ، إنا نستعد لليلاء
قبل زواله فإذا وقع عرفنا الدخول فيه والخروج منه .

وكان هذا نتيجة حتمية لتخصص الفقهاء لفقهم وجمع التلاميذ حولهم
يسألونهم وهم يجيبون ، والتوسع في استعمال الرأي . وكثرة الجدل والمناظرة
بين الفقهاء ، وأخيراً كثرة الاستفسارات عن المسائل الفرية التي تفتن فيها
الداخلون في الإسلام من غير العرب . وبخاصة العراق .

وأول من عنى بهذا النوع من الفقه الإمام أبو حنيفة الذي برع في علم الكلام
وما يقوم عليه من جدل ، وتوجيه السؤال تلو السؤال قبل أن يكون فقيهاً فلما

تفقه وصار إماماً ، والتف حوله التلاميذ يأخذون عنه الفقه كون من هؤلاء مجلس شورى يطرح عليهم المسائل ، ويناقشهم فيها ، ثم تقلب المسألة على جميع وجوها وتقدر لها الأحكام المناسبة لها .

وكان طابع العراقيين عامة في السؤال أن الواحد منهم لا يكتفي بسؤال ، فإذا سأل عن مسألة وأجيب عنها أردف ذلك بسؤال عن وجه آخر في مسألته فيقول : أرأيت إن كان كذا ، ثم أرأيت وأرأيت سلسلة من الأسئلة متشابكة في مسألة واحدة تقلب على وجوها ، وقد تلد السلسلة سلسلة أخرى ، كما روى عن الإمام مالك أنه قال يوماً لتلميذه أسد بن الفرات-- لما أكثر من هذه الأسئلة-- هذه سلسلة بنت سلسلة ، إن أردت هذا فعليك بالعراق (١) .

ولما وجد أبو حنيفة شغل الناس في بلده بهذا النوع من الأسئلة ، ووجد من نفسه قدرة على استخراج الكثير من الأحكام بعمونة التلاميذ وفر على الناس جهدهم وقام بفرض المسائل وتقدير أحكامها ، ثم تبهم في ذلك فقهاء الشافعية والمالكية فيما بعد ، ولكن عملهم هذا كان عملاً تقليدياً محضاً ، فتغالوا في فروضهم حتى فرضوا النادر الوقوع ، بل المستحيل الذي لا يقع .

مصادر الفقه في هذه المرحلة :

كان الفقهاء . في هذا العصر يرجعون في الاستنباط إلى كتاب الله وسنة رسوله بعد أن وضع كل فقيه الشروط لما يأخذ به السنة ، وإلى أقوال الصحابة المتفق عليه منها والمختلف فيه ، والرأي الذي فصل إلى أنواع من قياس واستحسان واستصلاح وسد الذرائع ، وأخيراً إلى العرف الذي تجلّى واضحاً في هذا العصر لوجود أعراف كثيرة ظهرت نتيجة اتساع الدولة الإسلامية .

(١) فجر الإسلام ص ٢٩٧ .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم

لما تكونت المذاهب في الدور السابق ، وتميزت عن بعضها ، وجد لكل مذهب اتباع يقلدونّه . ونتج عن ذلك أن ركزت حالة الاجتهاد المطلق ، وأخذ الراغبون في الفقه إلى الوقوف عند هذه المذاهب ، عكفوا عليها ، واشتغلوا بها ، وانتصروا لها يدعوا الناس إلى الانتساب إليها والعمل بها ، فألفوا كتباً في مناقب الأئمة ، وأصدروا فتاوى تمنع انتقال المذهب من مذهب إلى غيره .

وبهذا زادت المنافسة بين أتباع تلك المذاهب ، وانصرف الناس عن مصادر الشريعة الأولى ، كتاب الله . وسنة رسوله ، واشتغلوا بتفهم كلام الأئمة ، وما خلفوه من فتاوى ، والتفريع على أصولهم وقواعدهم ، حتى أصبحت الشريعة في نظرهم هي أقوال أولئك الفقهاء ، وما أفرع عنهم .

أسباب التقليد :

ويرجع انصراف الفقهاء عن الاجتهاد إلى التقليد إلى أمور .

الأول : أنهم وجدوا مذاهب مدونة كاملة فيها أحكام ما جد من الحوادث وما يمكن أن يحدث منها ، والنفوس بطبيعتها ميالة إلى الراحة .

الثاني : ضعف الدولة العباسية ، وانقسامها إلى دويلات صغيرة ، ففي الأندلس دولة للأمويين ، وفي مصر أخرى للاخشيديين ، وفي شمال أفريقيا

ثالثة للفاطمين . هذا عدا ما وجد في العراق نفسها مقر خلافة العباسيين من دول بني بويه والسلاجقة وغيرها ، والدولة كما قدمنا - كانت تشجع الملأ وتقرهم وبعد هذا الاخلال لا تشجيع ولا تقرب ، فتكون النتيجة لذلك فتور الحمم ، والوقوف عندما ورثوه عن أسلافهم .

الثالث : أن الولاة والقضاة في هذا العصر كانوا يختارون من المقلدين لمذهب معين لإلزامهم بالحكم به بعد أن كانوا قبل ذلك يختارون من المجتهدين فالترم بعض الراغبين في القضاء المذهب المتبع في الدولة كي يصل إلى مأربه .

الرابع : أنهم وجدوا بعض من لم يتأهل للاجتهد يدعيه ، وفتى الناس برأيه ، فعمدوا إلى سد الطريق أمامهم ، فنادوا بقل باب الاجتهد ، وادعوا الاجماع على ذلك منأ لأولئك المدعين وأمثالهم من أن يضلوا عباد الله باسم اجتهداهم الزعوم^(١) .

وما يؤسف له أن هذا العمل - مع أنه لم يحقق غرضهم منه - جر على

(١) جاء في خطط القرطبي ما ملخصه : إن القضاة في صدر الإسلام كانوا يولون من المجتهدين دون أن يلزموا بالقضاء برأي معين إلى أن تولى أبو يوسف وظيفة قاضي القضاة ، فما كان يشير إلا بتولية حنفي غالباً ، ومن هنا بدأ تولى أتباع المذاهب القضاء ، وقد استمرت هذه الحالة إلى أواخر القرن الرابع الهجري حيث ضعفت الخلافة العباسية في هذا العصر ، وساد الفساد ولم يقتصر على حالة الدولة المدنية والحربية ، بل تعدى ذلك إلى القضاء أيضاً تولاه من لا يوثق به ومن ليس أهلاً لهذا المنصب الخطير ، ومن ثم بدأت تشيع الفوضى في القضاة، واختلقت الأحكام في الأقضية المتشابهة في البلد الواحد مع أنها تستند إلى شريعة واحدة ، وكان من جراء ذلك أن فزع رجال العلم من هذه الحالة التي وصل إليها القضاة ولم يجدوا مناصاً من الحكم - أواخر القرن الرابع الهجري - بأقتال باب الاجتهد وتقييد القضاء والانتفاء برأي الأئمة السابقين . وهذا أصبح الفقهاء والقضاة مقلدين لا مجتهدين . ومنذ ذلك التاريخ انحصر الفقهاء على تقليد أئمة المذاهب الأربعة وانصرفوا عن البحث في مصادر الأحكام الشرعية واستنباط الأحكام منها .

الفقه ويلات وويلات ، فسببه وقف الفقه عن التقدم ، وفتح ثغرة لأعداء هذا الدين ينفذون منها اللطم فيه بالجمود وعدم مسابرة الزمن .

تدرج التقليد

وينبغي هنا ملاحظة أن هذا التقليد لم يحصل دفعة واحدة ، وإنما جاء تدريجياً مع الزمن ، وسار مع الدولة التي كان لها الفضل في ازدهار هذا الفقه ، فلما ضعفت وانقسمت إلى دويلات صغيرة ترك الفقهاء الاجتهاد المطلق ، وقلدوا أئمتهم ، بيد أنهم لم يتركوا الاجتهاد بالكلية ، بل اجتهدوا في حدود المذاهب التي اعتنقوها ، ولما دالت تلك الدولة وقضى عليها نهائياً باستيلاء المغول على عاصمتها بغداد ، امتدت جذور التقليد ^(١) في نفوس الفقهاء حتى تركوا كل ألوان الاجتهاد ، ولم يبق عندهم منه إلا ما أثر عن بعضهم من شيء من التمييز بين الأقوال وبيان قوتها من ضعفها ، وشغلوا أنفسهم بتأليف الكتب واختصار ما خلفه لهم الفقهاء السابقون وتباروا في هذا الاختصار حتى خدت تلك الكتب ألقافاً أو ما يقرب من الألقاف ، فكان عملهم هذا عاملاً من عوامل تأخر الفقه .

ولقد حدد المؤرخون للفقه الإسلامي حداً زمنياً يفصل بين الفترتين ، هو سقوط بغداد في أيدي التتار على يد قائدهم هولاكو لما دخلها ، وقتل المعتصم

(١) التقليد هو الأخذ بقول الغير دون بحث في الدليل الذي اعتمد عليه في قوله .
والتقليد مجرم على من تأمل للاجتهاد وجائز بل واجب على من لم يتأمل له لقوله تعالى « فاستلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » فهذه الآية أوجب على من لم يعلم شيئاً أن يسأل عنه من يعلمه .
ومن هنا انقسم الناس إلى عالم وجاهل .

وقد كان كثير من أصحاب رسول الله يسألون أهل الفتيا منهم ولم يشكروا عليهم أحد في ذلك فكان إجماعاً منهم ، والتقليد في حد ذاته ليس ممنوعاً ، وإنما الممنوع أن يلقم شخص ملجأً مميئاً لا يخرج عنه في شيء كما أفتى به المتأخرون لمصعب الملاهييم ودعوة الناس إليها . لأن ذلك قتل باب الرحمة الذي جملة الله لهذه الأمة باختلاف المجتهدين فيها الذي أشار إليه رسول الله فعوله « اختلاف أمي رحمة » .

بالله آخر الخلفاء العباسيين في سنة ٦٥٦ هـ ، فتكون فترة الاجتهاد في المذاهب ثلاثة قرون تقريباً ، تبدأ من منتصف القرن الرابع ، وتنتهي في منتصف القرن السابع ، تحجب بعدها فترة الجمود والتأخر ، وتستمر حتى أواخر القرن الثالث عشر .

ومن هنا انقسم هذا الدور إلى فترتين ، إحداهما فيها اجتهاد ، والثانية خالية منه فقد قام الفقهاء في أولهما بعمل جليل مكمل للمذاهب الأئمة السابقين فقاموا .

أولاً : بتعطيل الأحكام المنقولة عن أئمتهم وضبطها ، حتى يتمكنوا من التفريع عليها .

ثانياً : استخلصت كل جماعة قواعد إمامها مما نقل عنه من الفروع ، وبهذا تمت قواعد علم الأصول ، وهو عمل جليل لولا ما صاحبه من التعصب الذي جعل هذه الأصول تلتوي أحياناً ، وتجانب الإنصاف أحياناً أخرى .

وتبع تدوين علم أصول الفقه تدوين علم آخر يشبه علم أصول الفقه إلى حد ما وهو (علم الخلاف) وأول من أخرج هذا العلم وأسس قواعده الإمام أبو زيد الدبوسي المتوفي سنة ٤٣٣ هـ .

ثالثاً : قاموا بالترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب الواحد ، وذلك لأن لإمام كان يرى رأياً فيأخذه عنه تلاميذه ، ثم يرجع عنه إلى غيره ، فيمضي بعض التلاميذ دون الآخرين ، فلما نقلت هذه الآراء بحثها الاتباع ، ورجعوا بعضها على ضوء الأدلة .

هذا العمل ما قام به الفقهاء في تلك الفترة ، وهو عمل محصور في دائرة المذاهب بيد أنه كان لهم عمل آخر تمدى حدود المذاهب ، وهو المناظرات بين

أتباع المذاهب المختلفة ، مناظرات لم يقصد بها في أغلب الأحيان إلا الانتصار للمذهب وإظهار الغلب على الخصوم ، لكنها على كل حال لم تخل من فائدة ، فقد كانت أحياناً توصل إلى تقييد قول مطلق ، أو تخصيص عام مع أنها كانت باعثة للهمم على البحث والتقصي عن علل وأدلة يؤيد بها المتناظرون أقوالهم ، وقد كان لهذا أثره في كتب الفقه المؤلفة في هذا الدور ، فإنها كثيراً ما تعرض للمذاهب الأخرى مع بيان أدلتها ، ولم تلبث أن انقلبت فيما بعد إلى مهارات مذهبية لا تعرف للحق طريقاً .

وأكثر ما كانت هذه المناظرات بين الحنفية والشافعية تارة ، وبين الشافعية والحنابلة تارة أخرى ، وأما المالكية فقد كانوا أبعد الناس عن تلك المناظرات .

وفي الفترة الثانية اتجه الفقهاء وجهة أخرى ، انجهموا نحو تأليف الكتب ، وقصروا مهمهم على ذلك ، ولم يعد للتخريج والاستنباط مكان إلا في القليل النادر .

وقد كانت الكتب في أول أمرها سهلة مبسطة ، فلما فارت هم الطلاب اضطر العلماء إلى اختصارها ، ثم توالى عليها الاختصارات كلما رغب عنها الطلاب لطولها حتى غدت ألفازاً ، أو ما يشبه ألفاز ، وحينئذ عجز الراغبون في الفقه عن فهمها ، فاضطر العلماء إلى شرحها ، ثم إلى شرح ما غمض من الشروح ثم توضيح ما خفى في تلك الشروح الأخيرة ، ونتج عن ذلك أن ترك لنا هذا العصر أروانا من الكتب مختلفة الأساليب عرفت فيما بعد بالمتون والشروح والحواشي والتفريعات والتعليقات .

وما يؤسف له أن كثيراً من هذه الحواشي وغيرها عنيت عناية خاصة بالبحث وراء الألفاظ والتراكيب وصحتها بما أضاع المأني المطلوبة في وسط هذه

الأبحاث اللفظية في كثير من المواضع .

ومن هذا نرى أن التقليد لم ينفذ الفقه الإسلامي بشيء ، بل أضرب به ضرباً بالغاً ، فقد أضاع جهد رجاله الذين وقفوا حباتهم على تفهم أقوال أئمتهم . بل على تفهم عبارات صدرت عن فقهاء مثلهم ، لم يفضلوهم في شيء غير تقديم الزمن بهم ، وتركوا النظر في مصادر الشريعة الأولى . كتاب الله ، وسنة رسوله ظناً منهم أنهم لم يتأهلوا لهذا النظر ، وأن فضل الله قد ذهب به السابقون حتى لم يبق لمن جاء بعدهم منه نصيب ، فكانت ثمرات أعمالهم ما خلفوه لنا من تلك الكتب المفصلة التي تستعصى على الفهم في كثير من موضوعاتها .

ومع هذا التقليد ، وذاك التقيد في التأليف لم يخل ذلك العصر من وجود فقهاء أو مصلحين بين آونة وأخرى يدعون المتفقهين إلى ترك التقليد ، ويحثونهم على الاجتهاد ليعود للتشريع الإسلامي مكانته الأولى ، ووجود صنف آخر من الكتب فيه بساطة وسهولة ، وإن كان قليلاً يمانب الصنف الأول .

فإن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية قاما في القرن الثامن الهجري بهذه الدعوة فلقبت دعوتها معارضة شديدة من دعاة التقليد وحماة ، ورغم هذه المعارضة وقسوتها ظلت باقية إلى وقتنا هذا ، لها كثير من الأتباع والأنصار .

وفي القرن الماضي قام المصلح العالمي السيد جمال الدين الأفغاني يدعو لتحرير الفكر سياسياً ودينياً وعلمياً ، وكان له تلاميذ في كل قطر إسلامي اعتنقوا فكره ، وعملوا على نشرها بعد وفاته سنة ١٨٩٨ م ، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ بمصر الأستاذ الإمام محمد عبده الذي حل حملة شديدة على الكتب عامة فقهية وغير فقهية ، والتقليد ورجاله ، والقضاء وأسلوبه ، ولعل ما نلسمه الآن من نهوض فقه في مصر أثر من آثار تلك الصيحات التي أرسلها لتخليص الفكر من الجمود .

أما الكتب فقد ترك لنا المجددون في الفقه الإسلامي كتباً فقهية سهلة المأخذ
جدة الفائدة . مثل كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية ، وكتابي إعلام الموقعين
والطرق الحكمية لابن القيم وغيرها .

كما ترك غيرهم من الفقهاء المقلدين نوعاً آخر من الكتب .

هو كتب الفتاوى التي سارت مع الحياة العملية ، وجمعت أحكام الحوادث في
أسلوب سهل مفهوم مدعم بالنصوص الفقهية المأخوذ منها الحكم ، وهي مفيدة
إلى حد ما رغم أنها حلول جزئية لمسائل فردية .

وهذه الكتب يجمعها أصحابها بعد أن يتوفر عندهم مجموعات كبيرة من هذه
الفتاوى فيعمدون إلى تقسيمها إلى مجموعات تمثل أبواب الفقه ، ثم ترتب ، وهي
في الغالب تتبع طريقة ذكر السؤال ثم الجواب عنه مع ذكر النصوص المذهبية
التي منها أخذ الجواب .

ولا شك في أن هذه الطريقة سهلت معرفة كثير من الأحكام للقضاة والمفتين
فيها بعد .

ولا يزال بعض هذه الكتب من أهم المراجع الفقهية إلى الآن ، كما أن منها ما
هو مطبوع متداول بين طلاب الفقه وغيرهم كالفتاوى الهندية^(١) والخانيسه

(١) وتسمى الفتاوى المالكية . نسية إلى الملك محمد أوردك وب الهندى الملعب باسم
« عاكبر » أي فاتح العالم الذي ملك من سنة ١٠٦٩ إلى سنة ١١١٩ هـ الموافقة لسنة ١٦٥٨ -
١٧٠٧ م جمع هذا الملك فقهاً ، عصره من الحنفية برئاسة الشيخ نظام الدين ووكل إليهم جمع
الأقوال الصحيحة المول عليها من اللذهب ، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة وأجرى عليهم
التفقت ، فقاموا بمعلم خير قيام ، وجموا هذه الفتاوى فأصبحت مرجعاً يستفتى به من عيره
ولا يستفتى بغيره عنه . وقد طبعت في مصر مرتين الأولى سنة ١٢٥٢ هـ والثانية سنة ١٣٢١ هـ
في ستة مجلدات كبيرة .

واليزازية^(١) وثلاثتها مطبوعة في مجموعة «احسدة» الهندية في ستة مجلدات ،
والخانية على هامش الأجزاء الثلاثة الأولى ، واليزازية على هامش الأجزاء الثلاثة
الأخيرة في الطبعة الثانية .

وكالفتاوى الحيرية لحسب الدين الرملي المتوفى ١٠٨١ هـ وهو مطبوع في
جزأين ، والفتاوى الزينية لابن نجم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ .

والفتاوى المهدية للمهدي الميامي المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

ومنها ما بقي مخطوطاً إلى الآن في دار الكتب المصرية ، كالفتاوى الظهيرية
لظهير الدين أبي بكر المتوفى سنة ٦١٩ هـ في مجلدين ، والفتاوى التتار خانية
لعالم بن علاء الغزى في خمسة مجلدات ، والفتاوى المتناوية للمناوي المتوفى سنة
٥٨٦ هـ وغيرها أو في مكتبة بلدية الاسكندرية . كالفتاوى السراجية لسراج
الدين الهندي المتوفى سنة ٧٧٣ هـ ، وهذه كلها في مذهب الحنفية ، ويوجد
بالمذاهب الأخرى كتب للفتاوى كثيرة . كفتاوى^(٢) ابن تيمية الحنبلي المتوفى
سنة ٧٢٨ هـ وهي مطبوعة في خمسة مجلدات سنة ١٣٢٨ هـ . وكالفتاوى الكبرى
لابن حجر الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤ هـ وهي مطبوعة في أربعة مجلدات سنة
١٣٠٨ هـ ، وبهامشها فتاوى الرملي الشافعي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

وهذا النوع من الكتب إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفقه الإسلامي لم
يقف أمام ما يجد من الحوادث حتى في عصور تأخره ، بل حاول — ما استطاع
أصحابه — إيجاد الحلول وإن كان من طريق البحث فيما نقل عن الأئمة ، وما

(١) الخانية نسبة الى قاضي خان للتوفى سنة ٥٩٢ هـ واليزازية لابن الزباز الكبري المتوفى
سنة ٨٢٧ هـ .

(٢) لهذه الفتاوى مختصر محبوب على أبواب الفقه للشيخ بدر الدين البجلي الحنبلي المتوفى
سنة ٧٧٧ هـ وهو مطبوع في مجلد بعنوان مختصر الفتاوى للصوية لابن تيمية .

استنبطه الفقهاء تحريماً على قواعد أئمتهم .

مراتب الفقهاء :

وإذا كان الفقه الإسلامي قد مر بمراحل مختلفة فيها اجتهاد وتقليد ، اجتهاد مطلق في مصادر الشريعة الأولى ، واجتهاد مقيد في حدود مذاهب معينة وتقليد اختلفت فيه هم المهلكين وما قاموا به من أعمال ، فكان طبيعياً أن تختلف مراتب الفقهاء .

ومن هنا قسم المشتغلون بالفقه المذهبي الفقهاء إلى مراتب ليكون من يفتى بقولهم على علم وبصيرة بحال الفقيه الذي يفتى بقوله ومنزله بين الفقهاء ، فلا يخلط بين الأقوال من غير تمييز بين صحيحها وسقيمها .

وفقهاء المذاهب متفقون على مبدأ التقسيم وإن اختلفوا في عدد الطبقات فبينما نجد ابن حجر الهيتمي من الشافعية يقول في تقسيمه ^(١) .

المجتهد إما مجتهد مطلق ، أو منتسب ^(٢) ، أو مجتهد مذهب أو فتوى ، ثم مجتهد المذهب هم أصحاب الوجوه الذين يخرجون المسائل على أصوله ، ويستنبطونها من قواعده ويحتشدون في بعضها . إذ بنا نجد فقهاء الحنفية يجعلونها سبع طبقات يقول ابن عابدين في كتابه رد المحتار ^(٣) نقلاً عن ابن كال بإشاد أحمد بن سليمان الرومي من فقهاء الحنفية ، ما ملخصه : لا بد للفتي أن يعلم حال

(١) راجع كتاب تاريخ القضاء في الاسلام للقاضي محمود هرنوس ص ١٥٩ .

(٢) هذا التقسيم يقارب تقسيم الحنفية للمجتهدين ، فالمجتهد المطلق هو الطبقة الأولى عندهم والمنتسب هو الطبقة الثانية ، ومجتهد المذهب أو الفتوى هو طبقة المجتهدين في المسائل وركعه لذكر بقية الطبقات لا يعني عدم اعترافهم بها .

(٣) ج ١ ص ٥٧ .

من يفتي بقوله ولا يكفيه معرفته باسمه ونسبه بل لابد من معرفته في الرواية ودرجته في الدراية وموضعه من طبقات الفقهاء ليكون على بصيرة في التمييز بين القولين المتخالفين وقدرة كافية في الترجيح بين القولين المتعارضين .

الفقهاء على سبع مراتب :

الأولى : طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول وبه يمتازون عن غيرهم .

الثانية : طبقة المجتهدين في المذهب كبعض أصحاب أبي حنيفة الذين استنبطوا الأحكام للحوادث بناء على القواعد والأصول التي قررها أستاذهم ، فهم يخالفونه في بعض الفروع ، ولكنهم لا يخالفونه في الأصول .

الثالثة : طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب ، كالخصاف والطحاوي والكرخي والسرخسي وفخر الإسلام البزدوي ، هؤلاء لا يخالفون صاحب المذهب لا في الأصول ولا في الفروع ، ولكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الأصول والقواعد .

الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين ، كالجصاص ، والرازي ، وأمثالهما ، هؤلاء لا يقدرّون على الاجتهاد ، ولكنهم لإحاطتهم بالأصول ، وضبطهم للمآخذ يقدرّون على تفصيل قول بجملة ذي وجهين ، أو حكم مبهم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب ، أو أحد أصحابه ، فعلمهم يرجع إلى إزالة الحفاء والإبهام الذي يوجد في بعض أقوال الأئمة .

الخامسة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين . كأبي الحسن القدوري ، وصاحب الهداية ، وأمثالهما ، وعمل هؤلاء ينحصر في ترجيح بعض الرايات

على البعض الآخر كفولهم هذا أولى ، أو أرفق بالناس .

الملاحظة : طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف وظاهر الرواية والنوادر ، كأصحاب المتن المتغيرة من المتأخرين ، كصاحب الكنز وصاحب المختار ، وهؤلاء لا ينقلون الأقوال الضميمة ، ولا الروايات المردودة .

الملاحظة : طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيئاً مما سبق . فهؤلاء ينقلون الأقوال فقط من غير تمييز بين صحيحها وغير الصحيح منها .

تدوين الفقه الاسلامي

قدمنا فيها سبق بعض إشارات إلى التدوين . وهي لا تكفي لرسم صورة واضحة له . لذلك رأينا أن نفرّد التدوين ببحث خاص يجمع أطرافه . والبحث وإن كان المقصود منه أولاً تدوين الفقه الذي هو جملة الأحكام العملية التي نزل بها الرّسول والتي استنبطها المجتهدون والتي خرجها المجتهدون في المذاهب على قواعد أئمتهم إلا أن هذا لا يمنع من التمسّد له بكلمة عن التدوين في العصر الأول عصر رسول الله وأصحابه من بعده فنقول :

بعث رسول الله إلى أمة أمية لا تعرف القراءة ولا الكتابة إلا قليلاً . فكان اعتمادهم في المعرفة على السماع والحفظ ، وقد وهبهم الله ما يموّضهم عن جهلهم بالكتابة . وهبهم ذاكرة قوية تمي كل ما تسمع وتحافظ عليه حتى كان الواحد منهم يسمع القصيدة الطويلة ذات الأبيات العديدة فيحفظها كلها من سمعة واحدة . كما روى عن ابن عباس أنه سمع قصيدة لعمر بن أبي ربيعة من سبعين بيتاً فحفظها كلها بمجرد سماعها لأول مرة ^(١) .

فكان رسول الله كلما نزل عليه شيء من القرآن قرأ عليهم فحفظوه أولاً بأول . ولكن الله سبحانه الذي أنزل الذكر وتكفل بحفظه ، إنّا نحن نزلنا الذكر

(١) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ١ ص ٦٩ .

وإنما له لحافظون « أذن لنبيه بكتابة ما ينزل عليه حتى يكون لما أنزله سند: إن الحفظ والكتابة ولذلك سماء كتاباً كما سماء قرآننا في كثير من الآيات . « ذلك الكتاب لا ريب فيه (١) » « تلك آيات الكتاب المبين (٢) » « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق (٣) » « كتاب فصلت آياته قرآننا عربياً لقوم يعلمون (٤) » « كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير (٥) » .

وأما تسميته بالقرآن فقد وردت في أكثر من ستين آية فاتخذ ر. ول الله بعض أصحابه كتاباً للوحي ، منهم زيد بن ثابت وعلي وعثمان وعبد الله بن مسعود وأبي بن كعب وغيرهم .

فكان إذا نزل عليه بعض الآيات دعا بعض كتابه فأمرهم بكتابتها وكان يحتفظ بذلك في بيت النبوة ، ولم ينتقل رسول الله إلى الرفيق الأعلى إلا والقرآن كله مكتوب ولكن في صحف غير مرتبة ترتيب القراءة ، والسبب في عدم جمعه لها وترتيبها كترتيبه في القراءة أنه لآخر لحظة من حياته كان ينتظر نزول الوحي بآيات أخرى أو نسخ شيء مما نزل . ، ولذا يعتمد أصحابه على المكتوب فيقصرون في حفظه .

ولذلك كان المأمور عليه في نقل القرآن النقل المتواتر بالسماع لا من مجرد المصاحف ، لأن القرآن له نطق وأداء خاص لا يكفي فيه مجرد قراءة المكتوب بل لا بد فيه من التلقي عن القراء الذين سمعوه طبقة عن طبقة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ثم أعيد تدوينه مرتباً في عهد أبي بكر بإشارة عمر وموافقة الصحابة ومموني بالمصحف . إلى أن كان زمن عثمان وحدثت أحداث اقتضت توحيد المصحف

(١) البقرة - ٢ (٢) القصص - ٢ (٣) الزمر - ٣ (٤) فصلت - ٣
(٥) مود - ١

وتوزيعه على الامصار الإسلامية وإلزام الناس بالقراءة على وفقه وحرق ما عدها كإسباني مفصلاً في الكلام على القرآن في بحث مصادر الفقه .
ومع أمر رسول الله بكتابة القرآن وإقراره لمن كتبوا لأنفسهم نسخاً خاصة من كتابه نهى أن يكتب عنه شيء آخر غير القرآن خشية اختلاطه به فيما رواه مسلم بسنده إلى أبي سعيد الخدري أن رسول الله قال : « لا تكتبوا عني شيئاً غير القرآن . ومن كتب عني غير القرآن فليسمعه . وحدثوا عني ولا حرج ومن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار . ولعل هذا النهي كان في بادية الأمر لما روي أن بعض الصحابة كتب عن رسوله الله بعض الأحاديث وبعض خطبه . منهم عبد الله بن عمرو بن العاص فقد روي عنه أنه قال : كنت أكتب كل شيء أسمع من رسول الله أريد حفظه فنهتني قريش فقالوا : أكتب كل شيء نسمعه ، ورسول الله يتكلم في الرضا والغضب ، فأمسكت عن الكتابة فذكرت ذلك لرسول الله فأومأ بأصبعه إلى فيه وقال : اكتب فوالذي نفسي بيده ما يخرج مني إلا حق » .

وروي أبو هريرة قال لما فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر الخطبة خطبة النبي صلى الله عليه وسلم قال : فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه ، فقال يا رسول الله : اكتبوا لي فقال صلى الله عليه وسلم : اكتبوا لأبي شاه ، يعني الخطبة .

وكذلك روي عن علي أنه كان عند صحيفه مكتوب فيها : العقل وفكاك الأسير وألا يقتل مسلم بكافر الخ .

وعلى كل حال فالذي كتب من السنة في هذا العصر قليل جداً .

ولما جاء عهد الصحابة فكر عمر في جمعها وكتابتها ولكنه رجع عند ذلك

(١) للرجع السابق ص ٧١ في باب ذكر الرخصة في كتابة العلم .

السبب السابق ولأسباب أخرى ، وفي عصر الأمويين وجدت محاولات فردية لتدوينها ولكن لم يصلنا شيء من ذلك إلى أن جاء عصر العباسيين فدونت السنة على مراحل كما سيأتي بيانه في بحث السنة .

هذا هو التدوين المتعلق بالقرآن والسنة .

أما الفقه : وهو اجتهادات المجتهدين فلم يدون منه شيء في عهد الخلفاء الراشدين لئلا يشتغل الناس به عن كتاب الله ، ولأنها مجرد اجتهادات تحتل الصواب والخطأ ومن ثم لا يصح حل الناس عليها وإلزامهم بها حتى لا يكون حجراً على عقول من يجيء بعدهم من الفقهاء ، وفي عصر الأمويين وجدت محاولات لتدوينه ، ولكن ذلك لم يكن تدويناً بالمعنى المعروف وهو الجمع والترتيب على أبواب وفصول .

فقد ذكر المؤرخون للفقه الإسلامي أن طائفة من الفقهاء عتبت يجمع فتاوى وأقضية من سبقهم من الصحابة والتابعين كما فعل فقهاء المدينة في فتاوى عبد الله ابن عمر وعائشة وغيرهما كما جمع فقهاء المراق فتاوى عبد الله بن مسعود وأقضية علي وفتاويه وأقضية شريح كما سجل بعض قضاة مصر أحكامه لئلا تكون عرضة للنسيان وقطعاً للنزاع بين الخصوم بعد ذلك .

ولكن شيئاً من ذلك لم يصلنا حتى نستطيع الحكم عليه .

وفي العصر العباسي الذي وجدت فيه التخصصات في العلوم المختلفة . فمنهم من تخصص في التفسير ومنهم من تخصص في جمع السنة وبيان مراتبها . ومنهم من تخصص في الفقه . وهؤلاء التف حولهم التلاميذ يحضرون دروسهم ويستفتونهم فيما يقع لهم ، ويكتبون ما يلقى أساتذتهم عليهم ، وأحياناً كان هؤلاء التلاميذ يضيفون إلى ما سمعوه من شيخهم بعض آراء ظهرت لهم تخالف رأي إمامهم أو توضيحاً لبعض هذه الآراء أو تنقيحاً لها أو تطبيقاً عليها .

ومن الأئمة من قام بتدوين مذهبه مرتباً بنفسه كما فعل الإمام مالك . ومنهم من قام بإملائه على تلاميذه كما فعل الإمام الشافعي . ومنهم من كان يلى عليهم مسائل متفرقة غير مرتبة وقام تلاميذه من بعده بتدوينه مرتباً كما حدث في مذهب أبي حنيفة^(١) . ومنهم من لم يفعل شيئاً من ذلك فقام أتباعه من بعده بتدوينه كما حدث في المذهب الحنبلي .

وهذا التدوين كان يعتمد أول الأمر على الرواية فكان لكل فقيه مدون سنده فيما يدونه فمحمد بن الحسن الذي دون مذهب أبي حنيفة كان يصدر العبارة بقوله : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة . أو محمد عن أبي حنيفة . فكان العمدة في التدوين هو الرواية والسامع لا مجرد النقل من الكتب ولذلك اختلفت الكتب قوة وضغطاً حسب قوة السند ورجاله وضمف ذلك .

وبعد فترة من الزمن قلّت العناية بالسند واقتصرت التدوين على النقل من الكتب المعتمدة المتداولة .

إلى أن جاءت طائفة آخر الأمر واكتفت بمجرد النقل عن الكتب دون التمييز بين الكتب المعتمدة وغيرها ، الأمر الذي أقض مضاجع الفقهاء الحريصين على الفقه ونقله صحيحاً فقاموا بعملية تصنيف للكتب لبيان ما يصح الاعتماد عليه ، وما لا يصح التمويل عليه والنقل منه .

(١) وما جاء في رد المختار لابن عابدين ج ١ ص ٣٧ نقلاً عن الحبريات الحسان في وجبة أبي حنيفة التعمان للعلامة ابن حجر ، من أن أبا حنيفة أول من دون الفقه ورتبه أبواباً وكتباً على نحو ما عليه اليرم وتبعه مالك في موطنه ومن كان قبله إنما كانوا يستمدون على حفظهم وهو أول من وضع كتاب الفرائض وكتاب الشروط . هذا الكلام وإن كان يشمل الصحة إلا أنه لم يصلنا كتاب عن أبي حنيفة بهذا الشكل ، ولقد دون تلاميذه مذهبه من بعده ولم يذكروا ذلك فنخلص من هذا إلى أن أول من دون الفقه ووصلنا كتابه هو الإمام مالك في كتابه الموطأ .

وإذا رجعنا إلى الكتب المدونة في الفقه الإسلامي في جميع المراحل من أول تدوينه إلى عصر المجدد وجدناها دونت أول الأمر مختلطاً فيها الفقه بالسنة وآثار الصحابة والتابعين كما في موطأ مالك فإنه جمع فيه مسأصع عنده من أحاديث رسول الله وآثار الصحابة والتابعين وعمل أهل المدينة المتفق عليه والمختلف فيه . مضافاً إلى ذلك فتاويه واستنباطاته فكان كتاب حديث مختلطاً بالفقه . أو كتاب فقه مدعم بالأحاديث والآثار ، ويمجانب هذا نرى كتباً مدونة في الفقه الخالص لم يذكر فيها من الحديث والآثار إلا ما كان على وجه الاستدلال للرأي المدون كما في كتاب الحراج لأبي يوسف ، وكتاب الام للشافعي الذي أملاه على تلاميذه بمصر مصدراً له برسالته في الأصول .

كما نجد كتباً تقتصر غالباً على الأحكام الفقهية مع قليل من الآثار ككتب محمد بن الحسن السنة : الجامع الكبير والجامع الصغير ، والسير الكبير والسير الصغير والزيادات والأصل المسمى بالمبسوط ، وكتاب المدونة في الفقه المالكي وهذه الكتب مرتبة على الأبواب .

وجاء من بعد هؤلاء جماعة دونوا الفقه مرتباً على الأبواب ويمجانب كل مسألة دليلها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها كما في مبسوط السرخسي الحنفى الذي شرح به كتاب الكافى الحاكم الشهيد الجامع لكتب محمد السنة بعد حذف المكرر فيها ، وكتاب بدائع الصنائع للكاسانى الحنفى الذي شرح به التحفة للسمرقندى ، وهذه الكتب وإن كانت مذهبية إلا أنها كثيراً ما تعرض لأراء الفقهاء الآخرين مع أدلتها والرد عليها .

وهذه الأنواع من الكتب كانت سهلة العبارة لا يجد القارئ عناء في قفهم عباراتها وأخذ الأحكام منها .

ثم جاءت فترة ركود فابتدأ اختصار تلك الكتب ثم توالى الاختصارات

عليها حتى وصلت إلى حد الألفساز فاحتاجت إلى الشرح فجاء دور الشروح والحواشي والتقارير كما أسلفنا .

ثم دونت كتب في الفقه المقارن تجمع الآراء بأدلتها وتناقشها للوصول إلى الرأي الراجح في نظر المؤلف : كبداءة المجتهد لابن رشد المالكي والمخفي لابن قدامة الحنبلي .

تلك هي الخطوات التي خطاها تدوين الفقه الاسلامي .

بدأ تدوينه مختلطاً بالأحاديث والآثار ، ثم دون مجرداً عنها إلا من بعض أحاديث وآثار ذكرت للاستدلال في بعض المسائل ، ثم تدوين المسائل مع ذكر أدلة كل مسألة مع عرض لبعض الآراء المخالفة والرد عليها ثم تدوين الفقه المقارن الذي يجمع الآراء في المذاهب المختلفة مع أدلتها ومناقشتها للوصول إلى الرأي الراجح في نظر المؤلف .

ثم الاختصار إلى متون جاء بعدها شروح وحواش وتعليقات .

وقد بينا من قبل إنه وجد بجانب النوع الأخير كتب أخرى معاصرة لها سهلة مبسطة ، وكتب الفتاوى التي كانت ولا تزال مرجعاً هاماً للقضاة والمختين .

ثم دون مع الفقه علم أصول الفقه الذي عني ببيان الطريقة الصحيحة للاجتهاد وضبط شروطه . وطرائق الأئمة فيه وموقف كل إمام من أدلة الفقه وترتيبها . كما دونت كتب أخرى تخدم الفقه ، تعرف بكتب القواعد ، ومنفصل الكلام عليهما في أول القسم الثاني من الكتاب عند الكلام على بعض النظريات العامة إن شاء الله .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية

عرفنا أن الفقه الإسلامي مر بأدوار رئيسية ثلاثة ، وهي متبايزة عن بعضها تمام التمييز باعتبار الفرض الأصلي في كل واحد ، فدور التأسيس كابت لوضع الأسس والقواعد ومصدر هذا الوحي أولاً وأخيراً ، وسلطة التشريع فيه كانت بيد الرسول وحده ، فهو المرجع في التشريع والقضاء ، فلماذا لم تختلف الأحكام في القضايا والمسائل التي عرضت فيه ، وفقهه كان واقعياً يسير مع الزمن وأحداثه ، ولم يدون في هذا الدور شيء من الفقه إلا ما كان في ضمن نصوص القرآن .

ودور البناء كان للتفريع على الأسس التي تمت في زمن الوحي ، وتطبيق القواعد على ما يجد من أحداث ، ومصدر هذا هو الاجتهاد بنوعيه . الجماعي والفردى ، وسلطة التشريع كانت بيد الخلفاء أولاً لم يستبدوا بها ، بل جعلوها شورى بينهم تطبيقاً لتماليم القرآن وهدى رسول الله . ثم توزعت بين الحكام والأئمة الذين نصبوا أنفسهم للفتوى والتدريس ، ومن هنا وجد الاختلاف وتعددت الآراء . زاد هذا الاختلاف وكثر التعدد كلما ضطفت الشورى أو قلت ، وما وجد في هذا الدور من التقليد عندما تكونت المذاهب لم يمنع الاجتهاد متى وجدت الحاجة إليه ، كما لم يكن إجبارياً ، بل كان لطالب الفقه أن يختار المذهب الذي يقلده ، فإذا عن له أن ينتقل إلى مذهب آخر انتقل إليه من غير أن يكون لأحد سلطان عليه .

والدور الثالث كان لتنظيم تلك الثروة الفقهية التي تركها أصحاب المذاهب مع تكميلها باستنباط قواعد ليسهل التفرع عليها ، فلم يكن فيه اجتهاد

بالمعنى السابق ، بل تقليد لآراء معينة ، واجتهاد في حدود تلك الآراء ، ثم تعصب لها أدى إلى التقاتل أحياناً ، ثم مقالة في التقليد والتمصّب بإلزام كل واحد بالبقاء على تقليده المذهب الذي اعتنقه لا ينتقل منه إلى غيره ، بل زادوا على ذلك فأفتوا بأن من انتقل من مذهب إلى آخر يمزّر « أي يعاقب بعقوبة يقدرها القاضي حسبما يراه وادعاه له » .

وكان من نتيجة ذلك أن شغل الفقهاء أنفسهم بتأليف كتب مذهبية فيها تعقيد وصعوبة ، وكان التنافس بينهم في تحليل الألفاظ ، وضبط التراكيب . وتحديد معانيها ، وكان التدريس للفقهاء تدريساً مذهبياً . فالحنفي حنفي والشافعي شافعي لا يعرف أحدهما شيئاً عن مذهب الآخر إلا ما نقل في كتب مذهب التي لم تلتزم الدقة غالباً في النقل عن المذاهب الأخرى ، والقضاة ملزمون بالقضاء بالمذهب الذي يختاره الحاكم لا يجيدون عنه إلى غيره ، حتى ولو أدى ذلك إلى عنت المتقاضين وإيقاعهم في حرج بين

هذه هي المميزات الرئيسية بين تلك الأدوار . وحي مع أحكام موحدة واجتهاد تتمدد به الآراء مع حرية في العمل والقضاء . وتقليد يلزمه تعصب للأدواء . وحصر في العمل . وقضاء بمذهب معين . وتدريس للمذاهب منفصلة ، وتأليف خال من المقارنة الحرة بين المذاهب .

وهذه الحال السيئة التي آل إليها الفقه والفقهاء في عصور التقليد المطلقة بدأت تتغير في أواخر القرن الماضي وأخذ هذا التغير يتزايد على مر الأيام . وينتقل من حسن إلى أحسن بفضل استجابة ذوي الرأي والمنتسبين إلى الفقه لصيحات الإصلاح المدوية ؛ فأصبح الفقه بذلك التفسير في نهضة . وبدأ يسترد معها مكانته الأولى . فخطا خطوات موفقة في طريق التخلص من آثار الجور وأخذ رجاله ينفضون عنه غبار الماضي الذي ستر ما فيه من جمال وصلاح عن أعين الناس طيبة القرون الماضية . لما عرفوا أسباب جهوده وانصراف الناس عنه .

فالعصبية المذهبية انقضت عهدا - والحمد لله - وصارت. المذاهب تدرس على السواء ، وأصبح الفقه المقارن من أهم المواد الدراسية في الكليات التي تعنى بدراسة الفقه ، ككلية الشريعة في جامعتي الأزهر ودمشق ، وكليات الحقوق بالجامعات في البلدان العربية كلها تقارن فيه المذاهب مقارنة حرة تدور حول الأدلة ، فتوصل إلى ترجيح الرأي بقوة الدليل بصرف النظر عن صاحبه ، وقد تخرج المقارنة من دائرة المذاهب الفقهية إلى المقارنة بين فقه الإسلام والشرائع الوضعية .

أما التأليف فقد تخلص من أوضار الماضي ، فطرح عنه رداء المذهبية ، وبعد عن التعقيدات اللفظية . وسار في طريق غير طريق التلون والشروح والحواشي طريق يقترن من الحياة العملية يحاول حل مشاكلها وما جد فيها من أحداث. فترى منه ألواناً متنوعة. فمن فقه مقارن يقارن بين مذاهب الفقهاء إلى آخر يقارن الشريعة بالقوانين . إلى نوع ثالث صاغ أبواباً من الفقه الإسلامي على هيئة مواد القانون إلى غير ذلك مما كان شرعاً لتلك المواد . أو شرعاً لقوانين صدرت للعمل بها مأخوذة من هذا الفقه .

وأما القضاء فقد سار شوطاً بعيداً في طريق القضاء على فكرة إلزام القاضي بالرجوع إلى مذهب معين لا يجيد عنه . حيث أبدل ذلك بمجموعة من القوانين أخذت من الفقه الإسلامي من غير تفرقة بين مذهب وآخر في الوقف والوصية والموارث . وبعض مسائل الطلاق والنفقة وحقوق الأولاد . لم يلاحظ فيها عند وضعها إلا ما بها من يسر وملاءمة ، والدولة في سبيل إعداد تشريع شامل للأحوال الشخصية كلها لا يتقيد بمذهب خاص . بل ولا بالمذاهب الأربعة المشهورة^(١) . وينتظر صدوره من وقت لآخر .

(١) ومن هنا نستطيع أن نقول : إن عصرنا هذا يعتبر - بحق - دوراً مستقلاً من أدوار الفقه الإسلامي لتفريزه عن سابقه بميزات تجمع مفاهيمه له مفارقة تكاد تكون تامة . =

هذا في مصر « الجمهورية العربية المتحدة » وقد سبقت بعض الدول العربية الأخرى بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية مستمداً من الفقه الإسلامي ، ففي سوريا صدر هذا القانون عام ١٩٥٣ . وفي العراق صدر قانون مائل عام ١٩٥٩ . وفي لبنان يسير العمل على قانون حقوق العائلة وتوجد فيه محاولات من حين لآخر لوضع قانون جديد .

وعلى ذكر القوانين المأخوذة من الفقه الإسلامي يحسن بنا أن نذكر كلمة عن تاريخ التقنين فيه متى بدأ ، وأهم القوانين التي أخذت منه .

== وقد كنت ترددت أول الأمر في جعله دوراً مستقلاً . حيث جريت في التقسيم على مبدأ التناير الكلي ، فمن وحي إلى اجتihad إلى تقليد ، ونحن لا زلنا نعيش في عصر التقليد ، ولكن ظهري أن التقليد الذي نعيش فيه تقليد يفاير التقليد في الدور السابق فهناك تقليد ملهي مع تمصب يلتمها حبر على المقول ، وهنا تقليد مع حرية الاختيار ، وهو قريب من الاجتهاد ، بل هو نوع منه . فما كان الفقيه في عصور الاجتهاد يمتنع عن أن يأخذ برأي غيره في فتواه أو في قضاؤه ، فالأئمة أصحاب المذاهب أو عظمهم أنهم أخذوا بأقوال الصحابة ، بل أخذوا ببعض أقوال التابعين ، والقضاة في عصرهم ، بل وفي العصر الذي سبقهم ما كانوا يمتنعون عن أن يحكموا بأراء فقهاء سابقين أو معاصرين ، وهذا الاختيار لم يخرجهم عن أن يكونوا مجتهدين .

جاء في تاريخ القضاء في الإسلام أن الهادي الخليفة العباسي غوص إلى أبي يوسف القاضي في بستان وكان الحكم في الظاهر للهادي وفي الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادي لأبي يوسف : ما صنعت في الأمر الذي تتنازع إليك فيه ، فقال : غصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادي : وتري ذلك ؟ قال : فقد كان ابن أبي ليلى يراه ، فقال اردد البستان عليه .

والثاقفي في رسالته ص ٥٠ يقول : أخبرني من لا أنهم من أهل المدينة عن ابن أبي ذئب قال : قضى سعد بن إبراهيم على رجل بقضية برأى ربيعة بن عبد الرحمن « ربيعة الراي » فأخبرته عن النبي بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبي ذئب ، وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي بخلاف ما قضيت به ، فقال له ربيعة قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : وا عجباً انفذ قضاء سعد بن أم سعد وارد قضاء رسول الله ١٢ أود قضاء سعد بن أم سعد وانفسد قضاء رسول الله ، فدعا سعد بكتاب القضية فشقه ، وقضى للقضي عليه . =

الفقه الاسلامي والتقنين :

لم يعرف التأليف في الفقه الإسلامي طريقة التقنين إلا في أواخر (١) القرن الماضي . وكان ذلك في تركيا إبّان الخلافة العثمانية ، حينما أنشئت المحاكم النظامية ونقل إليها بعض اختصاصات المحاكم الشرعية ، ولم يكن في استطاعة قضاة تلك المحاكم أن يأخذوا الأحكام من الكتب الفقهية لاختلاف أراء اليها ، وكثرة الآراء فيها ، ولأن التمييز بين تلك الآراء يحتاج إلى ملكة فقهية خاصة وتدريب خاص ، ولم يتوفر لهؤلاء القضاة غير الشرعيين شيء من ذلك ، فاقترض الأمر علاج هذه الحالة يجمع أحكام تلك المسائل وصياغتها على هيئة قانون ليسهل الرجوع إليها ، وأخذ الأحكام منها . فصدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة من سبعة من العلماء من مشاهير الفقهاء برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام المدنية لوضع هذه المجموعة ، وابتدأت اللجنة عملها سنة ١٢٨٥ هـ - ١٨٦٩ م ، وانتهت من وضع أحكام الماملات في سنة ١٢٩٣ هـ - ١٨٧٦ م ؛ وكان ذلك في ١٨٥١ - مادة وعرفت هذه المجموعة باسم « المجلة المدنية » وهي مأخوذة من الفقه الحنفي ، وقد اقتضى التيسير أن يؤخذ فيها ببعض الأقوال المرجوحة ، وابتدأ العمل بها في ٢٦ شبان سنة ١٢٩٣ هـ ، وطبق في تركيا والبلاد التابعة

= سعد هذا هو سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قاضي المدينة توفي سنة ١١٧ هـ .
فهذان الأثران يدلان على أن القاضي في عصور الاجتهاد كان يأخذ أحيانا برأي غيره ، وأن هذا كان يسمى اجتهدا ، فإذا كان شعار عصرنا عدم التقيد بذهب خاص ، واختيار الأصل والأرقق للعمل به تكون قد بدأنا الاجتهاد ، فيستقل هذا العصر عن سابقه .

(١) نقول لم يعرف الفقه الإسلامي طريقة التقنين بالفعل إلا في هذا الوقت وما وجد قبل ذلك كان مجرد محاولة أو اقتراح جمع الناس على رأي واحد يقضى به بين الناس دون تقيد بذهب معين وإنما يتبع قوة الدليل وملائمته لأحوال الناس . ويلزم به القضاة في أنحاء الدولة الإسلامية . كما جاء في رسالة ابن الملقح إلى المنصور الخليفة العباسي .

أو جمع الناس على مذهب واحد وترك ما عداه كما حميت في علوة المنصور ومن بعده هارون الرشيد جعل كتاب الموطأ مستورا تسيير عليه الدولة ولا تخالفيه في شيء .

لها ، ولم يكن لصر نصيب من العمل بهذا القانون ، لأنها استقلت عن الدولة
المطانية قبل ذلك سنة ١٢٩١ هـ ١٨٧٤ م .

ثم ظهر بعد ذلك قانون حقوق العائلة الذي يختص بالزواج والفرقة وحقوق
الأولاد (١) ، ولم يلتزم هذا القانون بالنسبة للمسلمين أحكام المذهب الحنفي ، بل
خرج عنه ، وأخذ بغيره في بعض الأحكام ، كفساد زواج المكره ، وطلاق
طلاته . وطلاق السكران .

ولم يقف الأمر في التقنين عند الحدود التركية ، ولا اقتصر على مسائل الجهة
وقانون حقوق العائلة ، بل تجاوز حدودها ، وشمل مسائل أخرى غيرها .

ففي مصر ألف قدري باشا كتابه المشهور «مرشد الحيران في معرفة أحوال
الإنسان» في المعاملات ، وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ، ألفه من ١٢٩١-
مادة ، وطبع سنة ١٨٩٠ م .

ثم ألف كتاب «المدل والإنصاف في مشكلات والأوقاف» وهو مؤلف من
٦٤٦- مادة ، وطبع على نفقة نظارة المعارف سنة ١٨٩٣ م .

كما ألف كتاباً ثالثاً في الأحوال الشخصية «الجهة والحجر والإيلاء والرخصة
وغیرها» وهو مكون من ٦٤٧- مادة .

وهذا العمل في ذاته وإن كان فردياً لم يأخذ صفة التقنين الرسمية إلا أنه نبه
الأذهان إلى ذلك .

ولقد بدأ العمل الجماعي في هذا النوع من التأليف في العقد الثاني من القرن
المشرين .

ففي سنة ١٩١٥ م ألفت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير المطانية لوضع

(١) صدر ذلك القانون في ٨ محرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق سنة ١٩١٧ م .

قانون لمسائل الأحوال الشخصية ، فأعدت اللجنة مشروع قانون الزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بها ، استمدت أحكامه من المذاهب الأربعة ، ولكنه لم يصدر به قانون للمعارضة الشديدة التي وجهت إليه من علماء المذاهب المختلفة ، وساعد على ذلك الظروف السياسية الناتجة عن قيام الحرب العالمية الأولى .

وفي سنة ١٩٢٠ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ ، وهو مؤلف من ١٣ مادة ، ومعظم التغييرات التي فيه مستمدة من مذهب الإمام مالك ، فقبل الناس ذلك ، بما شجع أولى الأمر على السير في طريق التجديد .

وفي سنة ١٩٢٣ م صدر قانون رقم ٥٦ بتحديد سن الزواج معتمداً في ذلك على رأي ابن شبرمة وعثمان البقي وأبي بكر الأصب ، فقابله الناس بالنقد الشديد ، لخروجه عن المذاهب الأربعة ، ولكن الناس ألقوه بعد حين لما أدر كوا فائدته .

وفي سنة ١٩٢٦ ألفت لجنة أخرى ، فوضعت مقترحات ، منها :
منع الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ، واعتبار ما تشرطه المرأة من شروط لا تتنافى مع مقتضى العقد ، فهبت على هذه المقترحات أعاصير من النقد قضت عليها في مهدها .

وفي سنة ١٩٢٩ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ - وهو مؤلف من ٢٥ مادة ، وفيه معظم المقترحات السابقة ، وقد ألزم هذا القانون حدود المذاهب الأربعة ، ولم يخرج عنها إلا في مسألتين : الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، والطلاق المعلق ، فقد أخذ فيها بمذهب ابن تيمية ، وتلميذه ابن قيم الجوزية ، وهو أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وأن الطلاق المعلق إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا يقع ، وبهذا انفتح أمام الشرعين أبواب التجديد ، والخروج عن دائرة المذاهب الأربعة إلى المذاهب الأخرى

وفي سنة ١٩٣٦ م ألقت في وزارة العدل لجنة من كبار العلماء برئاسة شيخ الأزهر لإخراج قوانين الأحوال الشخصية ، فأخرجت قوانين ثلاثة .

القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م ، وهو خاص بالمواريث مؤلف من ٤٨ مادة . صدر في ١٢ أغسطس على أن يعمل به بعد شهر ^(١) .

والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م ، وهو خاص بالوقف مؤلف من ٥٣ مادة ، صدر في ١٢ يونيه ، وعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٨ يوليه . ولقد ألقى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م العمل يحزه كبير من هذا القانون ..

والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م ، وهو خاص بالوصية مؤلف من ٨٢ مادة . صدر في ٢٥ يونيه على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره .

وهذه القوانين لم يتقيدوا بوضعها بمذهب معين ، بل ولا بالمذاهب الأربعة .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية ، وضم اختصاصاتها إلى المحاكم الوطنية فكرت وزارة العدل في وضع قانون شامل للأحوال الشخصية « الزواج والطلاق وما يتعلق بهما » ليسهل رجوع رجال القضاء إليه ، فشكلت لجنة لاختيار أحكامه من الفقه الإسلامي وبعد أن وضعت اللجنة مشروعاً يكاد يكون تاماً حدث ما يدعو إلى تأجيل إصداره وإعادة النظر فيه مرة أخرى ، ثم جد بعد ذلك أن أعيد

(١) نشر القانون في الجريدة الرسمية « الوقائع المصرية » واجب ليعلم المواطنون به ، وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ م يعتبر التشريع نافذاً بمضي ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية ، ومع هذا أجاز قصر هذا اليماد أو مده بنص صريح ، فإذا كانت الضرورة تدعو إلى التأخير ينص عليه ، كما في التقنين للدني الجديد نشر في ١٩ يوليه سنة ١٩٤٨ م ، ونص على العمل به في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وهو التاريخ الذي أُلغيت فيه المحاكم المحتلة . ثم تغير هذا التشريع في دستور سنة ١٩٥٦ حين قضت المادة - ١٨٧ - منه على أنه « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها . ويعمل بها بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ؛ ويجوز مد هذا اليماد أو تقصيره بنص خاص في القانون » .

تشكيل اللجنة من جديد وقد انتهت اللجنة من وضع مشروع هذا القانون
ولكنه تمثر هو الآخر. وقد أشرنا من قبل إلى صدور القانون السوري ثم القانون
المراقي . ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

المذاهب الفقهية

نشأتها والتعريف بها

قدمنا أن الاجتهاد مشروع في شريعة الإسلام ، وأن أصحاب رسول الله
اجتهدوا في كل ما لم يوجد فيه نص ، فنشأ عن هذا الاجتهاد اختلاف في الرأي
كان محدداً أول الأمر ، ثم زاد على مر الأيام كلما جدد له أسباب جديدة ،
زاد هذا الاختلاف بعد الفتنة التي أثارها الدخلاء في الإسلام الناقمون عليه ،
وضماف النفوس من المسلمين الذين اتخدعوا بما زينهم هؤلاء الدخلاء ، والتي
أدت إلى مقتل عثمان ، وكان أن انقسم المسلمون بعدها إلى طوائف ثلاث شيعه ،
وخوارج ، وجهود. عرفوا فيما بعد بـ « أهل السنة » انقسموا بسبب الاختلاف
في الخلافه والأحقق بها ، ومما صاحب ذلك من التحكيم في النزاع بين علي
ومعاوية ، فكان لكل طائفة من تلك الطوائف رأي يخالف رأي غيرها ، وقد
أشرنا إلى ذلك من قبل .

سارت كل فرقة في طريقها تعمل جاهدة لنصرة عقيدتها ، فتولد عن ذلك
اختلاف آخر في بعض الأحكام العملية مما أدى إلى وجود فقه للخوارج ، وآخر
للشيعه ، وثالث لأهل السنة ، ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل تجاوزه إلى
وجود اختلاف بين كل طائفة ، فتعددت المذاهب الفقهية ، وسارى من التعريف
بهذه المذاهب أن مذاهب أهل السنة متقاربة لأنها تسير في فلك القرآن والسنة ،
والاختلاف بينها نشأ من اختلاف طرائق الاستنباط ، ويقرب منها بعض مذاهب

الخوارج والشيعة ، أما بقية المذاهب فقد ابتدع أصحابها أشياء باعدت بينها وبين المذاهب الأخرى حتى خرجوا بها عن الإسلام .

وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

الخوارج : قوم متشددون في الدين ورأيهم في الخلافة أنها تكون بالاختيار الحر من المسلمين^(١) ولا تنعصر عندهم في طائفة معينة ، كما حصرها الشيعة في علي وذريته ، والجمهور في قريش ، فمن انتخب كان خليفة تجب طاعته ما دام يسير على طاعة الله والرسول ، وليس له أن يتنازل عنها ، ولا أن يحكم في شأنها ، ولا مانع من تعدد الخلفاء بتعدد البلدان .

وقد كان هم نشاط فقهي في صدر الإسلام بنى على التشدد في أوامر الدين . والعمل بالكتاب والسنة التي وصلت عن طريق علمائهم ، واجتهاد فقهاءهم فيما لم يوجد فيه نص ، ولم يمتروا بالإجماع كدليل لأنه يتناقض مع مبسئهم من الخروج على جماعة المسلمين .

وهؤلاء اأفرقوا إلى فرق كثيرة عدها بعضهم عشرين فرقة منها الأزارقة ، والنجدية والصفرية ، وكان لكل فرقة مذهبها الخاص وتعاليمها الخاصة . منها المتشدد ، ومنها المعتدل إلى حد ما ، وقد انقرضت هذه المذاهب كلها ، ولم يبق منها إلا مذهب الأباضية^(٢) المنسوبة إلى رئيسها عبد الله بن أباض الذي توفي في عهد الأمويين في خلافة عبد الملك بن مروان بعد سنة ٨٠ هـ .

(١) كانت نظرتهم في الخلافة أولا أنها حق لكل عربي حر . ولعنهم عدلوا هذا الشرط فعملوه الإسلام والعدالة فاصبحت حقاً لكل مسلم عدل عربياً كان أو غير عربي حراً كان أو غير حر . فعلموا ذلك حيناً انضم إلى صفوفهم كثير من المسلمين غير العرب . فارتج الإسلام لذلك وحينئذ إبراهيم حسن ج ٦ ص ٣٨٨ .

(٢) الأباضية مكرسة المهزلة وينطلق أهل شمال أفريقيا بالفتح وقد اختلف المؤرخون في تعيين السنة التي توفي فيها زعيمهم عبد الله بن أباض وكلها تتفق على أنها بعد سنة ٨٠ هـ .

وهذا المذهب معتدل في تعاليمه ، فهو لا يمنع تزوجهم من بقية المسلمين ، ولا يمنع التوارث بينهم وبين غيرهم من المسلمين أيضاً ، ولا يميز قتال غيرهم إلا بعد الدعوة ، وإقامة الحجة وإعلان القتال . بينما نجد غلاة الخوارج يحرمون التزويج من غيرهم وأكل ذبائحهم ، وينعمون التوارث بينهم وبين من عداهم ، ويميزون القتال من غير دعوة ولا إعلان ويكفرون مرتكب الكبيرة ويستحلون دماء أهل الذمة وأموالهم .

وهم متفقون في كثير من الفروع مع أهل السنة ولكنهم خالفوه في مسائل منها . إجازتهم الوصية للوارث ، وقولهم بالوصية الواجبة ، وغيرها .

وفقه هذا المذهب مدون في كثير من الكتب ما بين خطوط ومطبوع ، ومن أهم كتبهم المطبوعة كتاب شرح النبل لـ محمد بن يوسف بن أطفيش وهو مطبوع في عشرة أجزاء .

وأقباغ هذا المذهب الآن موجودون ببعض بلاد المغرب في شمال أفريقية وضمنان في شبه الجزيرة العربية وهي موطن إمارتهم .

مذاهب الشيعة

الشيعة قوم جعلوا الإمامة ركناً من أركان الدين ؛ وأن الرسول أوصى لعلي بها ؛ ولكنهم تفرقوا إلى فرق عديدة بسبب اختلافهم في الخلافة ، ولن تكون هل تكون لأولاد علي من فاطمة بنت الرسول أو لأولاده منها ومن غيرها ، وإذا كانت في أولاد فاطمة فهل تثبت بالنسب عليهم واحداً بعد واحد أو تكون فيهم بالاختيار متى تحققت صفة الإمامة ، واختلافهم كذلك في موقف الشيعتين ه أبي بكر وعمر ، منها أكانا محقين في توليها أم كانا غاصبين لها ؟

وهذه الفرق منها المعتدل الذي لم يبعد عن أهل السنة كثيراً ، ومنها غير ذلك . وقد انقرضت هذه الفرق ولم يبق منها إلا بعضها كالزيدية والإمامية الإثني عشرية أو الجعفرية ، والإسماعيلية .

أما الزيدية فهم ينتسبون إلى زيد بن علي زين العابدين بن الحسين الذي تميز بالخلافة بالعلم والاجتهاد ، وقام بالدعوة ضد الأمويين وقاتلهم فبويع له بالخلافة بالكوفة ، لأن مبادئهم أن الإمامة لا تكون بالنص عليها كما يقول الإمامية ، وإنما تكون لكل فاطمي عالم زاهد شجاع في الحق قادر على القتال يخرج على السلطان^(١) مطالباً ، سواء أكان من أولاد الحسن أم من أولاد الحسين . فهي لا تنحصر عندهم في عدد معين .

والزيدية أعدل فرق الشيعة في تعاملها ، ومذهبهم أقرب المذاهب إلى فقه أهل السنة وبخاصة فقه العراقيين ، لأن العراق موطنهم الأول ، ويزداد قرباً من مذهب الحنفية ، لأن أبا حنيفة أخذ عن إمامهم .

وسبب اعتدال هذا المذهب هو اعتدال إمامه زيد الذي صحح خلافة أبي بكر وعمر ، ولم يبع لنفسه الطعن عليهما^(٢) ، والتبرأ منهما ، كما فعل غيره من أئمة الشيعة ، بل كل ما قاله فيها : إنها سبقا جده بالخلافة ، وقد كان أحق بها منها ، ومن هنا كان من مبادئهم جواز إمامة الفضول مع وجود الأفضل إذا اقتضت مصلحة الأمة ذلك ، ولم يقولوا بمعصية الأئمة التي رفعة إلى مرتبة النبوة .

(١) فالإمامة في نظرم عملية لا سلبية كما هي عند الإمامية . كما يقول الاستاذ أحمد أمين في فسر الإسلام ص ٢٢٣ .

(٢) كان رايه في أبي بكر وعمر السبب للبشر في خذلان أهل الكوفة له ، وانصرف عنهم عنه حتى قتله الحجاج الثقفي أمير الكوفة في خلافة هشام ثم صلبه واسرق جثته سنة ١٢١ هـ .

هذا وقد خالفوا فقه أهل السنة في بعض الأحكام ، فحرموا ذبيحة غير المسلم كما حرموا التزوج من الكتابيات ، ولم يميزوا المسح على الحقين في الطهارة . وفقهم يستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد بالقياس وغيره ، ولهم كتب كثيرة منها المجموع المنسوب للإمام زيد ، وشرحه الروض النضير لشرف الدين الحسين بن أحمد الحنبلي المتوفى سنة ١٢٢١ هـ وهو مطبوع في مصر في خمسة أجزاء .

وأتباع هذا المذهب موجودون الآن في بلاد اليمن ، وقد تشعب إلى شعب منها القاسمية والناصرية والهادوية :

أما الامامية : فهم الذين يعتقدون أن الرسول أوصى بالخلافة لملي بالذات ثم من بعده لولده وأن الأئمة معصومون من الخطأ ، ومن ثم حكموا بتخطئة أبي بكر وعمر ، بل تفال بعضهم وحكموا بكفرهما ، فاستباحوا لأنفسهم الطعن عليها ، والتبرأ منها ، وهؤلاء طوائف .

منها الامامية الاثنا عشرية : ^(١) وهم فرقة تقول : بأن الأئمة اثنا عشر إماماً ، تبدأ بعلي بن أبي طالب ، ثم تنتقل من بعده إلى ولده من فاطمة ، وم الحسن والحسين ، ومن يعقبا من الأبناء إلى الثاني عشر ^(٢) محمد المهدي ، ولا تنتقل من بعده لأحد ، لأنه لم يمت ، ولكنه اختفى عن الدنيا سنة ٢٦٠ هـ ، وسيظهر في آخر الزمان ، فيملأ الأرض عدلاً وأماناً بعد أن ملئت جوراً وخوفاً لذلك سموه بالمنتظر ، ويقولون : إن علماءهم نواب عنه في فترة غيبته . وقد بالغوا في وصف الإمام ، فادعوا عصمته من الخطأ لأنه يوحى إليه بطريق

(١) رسمى الجعفرية أيضاً لأن فقهم مأخوذ عن الإمام جعفر الصادق .
(٢) وأئمتهم : علي المرتضى ، والحسن المجتبى ، والحسين الشهيد ، وعلي بن زين العابدين ، وعبد الباقر ، وابنه جعفر الصادق ، وموسى الكاظم ، وعلي بن موسى الرضا ، ومحمد التقي . وعلي التقي . والحسن العسكري الذكي ، وعبد المهدي .

الإلهام الصادق ، أو لأن الرسول استودعه علم ما لم تدعه الحاجة إلى بيانه من الأحكام في زمنه ، ولذلك جملوا الإيمان بالإمام جزءاً من الإيمان بالله ، وقالوا في وصفه « معصوم مؤيد موفق مسدد قد أمن من الخطأ والزلل والعتار يخصه الله بذلك ليكون حجته على عباده وشاهده على خلقه »^(١) .

وفقه هؤلاء يرجع إلى الكتاب ، والسنة المروية عن علمائهم ، وأقوال أئمتهم المعصومين في نظرهم ، ولا يعترفون بالإجماع ، ومن جملة منهم دليلاً أراد به إجماع أهل البيت ، ومع ذلك شرط فيه أن يكون معهم إتمامهم المعصوم حتى لا يتسرب الخطأ لذلك الإجماع . وهذا في الحقيقة يرجع إلى نفي اعتبار الإجماع بالكلية ، لأن الحجية في قول الإمام المعصوم ، وأنكروا القياس^(٢) لعدم الحاجة إليه بعد القول بمصمة أئمتهم ، لأن كل مسألة لها حكمها عند الله ، وقد عرفه الرسول والأئمة من بعده^(٣) .

وم يخالفون أهل السنة في كثير من الفروع بعد مخالفتهم لهم في الأصول منها قولهم بشرعية زواج المتعة ، أو الزواج الموقت ، وهو ما يكون بعقد ومهر إلى أجل ، وأهل السنة ومعهم الزيدية من الشيعة يذهبون إلى عدم شريته لنسخه .

ومنها أنهم يقولون : إن الطلاق لا يقع إلا أمام شاهدين لعوله تعالى

(١) أصول الرضا .

(٢) وقد شاع عن أئمتهم أن الشريعة إذا قيست على الدين أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسين آل كلثف الفطاء .

(٣) ولا يخالف هذا ما قاله صاحب المختصر للتأليف منهم من أن مصادر الأحكام عندم أربعة الكتاب والسنة والإجماع والعقل أو الأدلة العقلية لأن الأدلة العقلية لها تفسيرات ليس القياس منها ، فبعضهم يقول : إنها البراءة الأصلية أو الاستصحاب . وآخرين يفسرونها بلسن الخطاب وقصوى الخطاب ، وهذه ترجع إلى طريقة الاستدلال بالتصريح .

« فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم »^(١) .

ومنها أن الطلاق للثلاث في مجلس واحد يقع طلاق واحدة ، وأرت زواج الكتابية حرام لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »^(٢) . وأهل السنة يقولون : إن هذه الآية خاصة بالمشركات .

ومنها بعض مسائل الميراث ، كتقديم ابن العم الشقيق على العم لأب ، وهذه مبنية على عقيدتهم في أن علياً وذريته مقدمون على العباس وذريته . وكنهم الإرث بالتعصيب .

ومنها أنهم يقولون إن الكذب على رسول الله مبطل للصيام . فيجب فيه القضاء والكفارة ، ويؤخرون الفطر إلى زوال الشفق الأحمر .

ولهم كتب كثيرة منها كتاب شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن الحلبي ، وشرحه المسمى جواهر الكلام لمحمد بن حسن النجفي ، وتذكرة الفقهاء لمحمد ابن يوسف الحلبي ، وكتاب مفتاح الحكامة لمحمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي وغيرهما .

والموطن الأصلي لهذا المذهب هو إيران ، فالإيرانيون كلهم من الشيعة الإمامية وبه يدين أغلب العراقيين ، وله أتباع في سورية ولبنان والهند والباكستان .

الانصاعيلية :^(٣) وهم فرقة من الإمامية ظهرت في العصر العباسي تنصب إلى إسماعيل بن جعفر الصادق ، فقد جعلوه الإمام بعد أبيه جعفر ، وخالفوا

(١) المتعنتة - ١٠

(١) الطلاق - ٢

(٢) وتسمى الباطنية . ومنهم المبيدون أو الفاطميون الذين ظهروا بالغرب ثم استولوا على مصر وما جاورها .

الإمامية الإثني عشرية الذين جعلوها من بعده لاينه موسى الكاظم ، وهذه الفرقة من غلاة الشيعة الذين خرجوا بتعاليمهم عن الإسلام ، فهم يقولون : إن للقرآن ظاهراً وباطناً ، فيجب تأويله ولا يتمسك بحرفيته ، ومن هنا سموا بالباطنية وزعموا أن الوحي هو صفاء النفس لا نزول ملك ، وأن الشعائر الدينية لا تلزم إلا العامة ، وأما الخاصة فغير ملزمين بها ، وأن الأنبياء سواس العامة ، أما الخاصة فأنبياؤهم الفلاسفة .

ثم يشككون بعد ذلك في تعاليم الإسلام ، فيقولون : ما معنى رمي الجمرات ، وما معنى السعي بين الصفا والمروة ، وهم موجودون في الهند وباكستان ، وفي بلاد العرب الجنوبية ، وفي أماكن أخرى ، وزعيمهم أغاخان الذي يدفعون إليه عشر أموالهم ويدينون له بالولاء والتعظيم .

مذاهب أهل السنة

في عصر الإجتهد وجد كثير من الفقهاء المجتهدين من أهل السنة تخصصوا في الفقه ، ووقفوا حياتهم عليه استنباطاً وتديساً ، والتف حول كل واحد منهم تلاميذ يتلقون عنه فقهه ، ويرجمون اليه فيأ أشكل عليهم ، وقد خلف هؤلاء الفقهاء وراءهم مجموعات اجتهاداتهم إما مدونة في كتب ، أو أمانة في أيدي التلاميذ عرفت هذه المجموعات فيا بعد بالمذاهب الفقهية منسوبة إلى أصحابها ، وكان منها مذاهب سمدت بالبقاء إلى يومنا هذا لوجود تلاميذ أوفياء أو أتباع يعملون بها ، ويدعون الناس إليها ، كالمذاهب الأربعة المشهورة « الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي » ، وأخرى قدر لها البقاء معمولاً بها خلال القرون الأولى ، ثم تفرق عنها أتباعها ، كذهب داود الظاهري ، والأوزاعي إمام أهل الشام ، وطائفة ثلاثة ماتت بموت أصحابها . ولكنها بقيت موزعة بين سطور الكتب ، تناقلتها كتب المذاهب ، والفقه المتعارن عند المناسبات ، كذهب الليث بن سعد فقيه مصر ، وسفيان الثوري وغيرهما .

ولحن نقدم لك تعريفاً بأصحاب المذاهب الأربعة ، وطريقتهم في الاجتهاد وإلمامة يسيرة عن تلاميذهم الذين كان لهم الفضل بمدد في نشر تلك المذاهب والمحافظة عليها ، هم نيم بك نحو المذاهب المندثرة لتعرفك ببعض أصحابها .

المذهب الحنفي

بين دولتين كبيرتين من دول الاسلام الأولى ، وفي بيئة متأثرة بالحضارة الفارسية تجمعت بها طوائف من العرب الفساحين ، وأخرى من سكان البلاد الأصليين ، واختلط فيها ما روي من صحيح الأحاديث بما وضعه الكذابون ، ونسبوه زوراً إلى رسول الله نشأ هذا المذهب وتكون ، ثم خرج إلى البلدان الأخرى على أيدي التلاميذ والرواة .

أسس هذا المذهب أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفارسي الأصل ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ، وتلقه فيها ، ثم انتقل إلى بغداد بعد أن بناها المنصور العباسي لتكون عاصمة الدولة الاسلامية ، واستقدم إليها العلماء والفقهاء فبقي فيها حتى توفي سنة ١٥٠ هـ كما يقول بعض المؤرخين .

تلقى العلم عن طائفة من العلماء ، واشتغل أولاً بعلم الكلام ، وبعد أن وصل فيه إلى درجة كبيرة انتقل إلى الاشتغال بالفقه ، ولأزم شيخه حماد بن أبي سليمان المتوفي سنة ١٢٠ هـ مدة ثماني عشرة سنة حتى صار إماماً فيه ، ولقب بالامام الأعظم .

كون مذهبه بطريقة الشورى مع أصحابه ^(١) ، فكان يعرض عليهم المسألة

(١) روى ابن البزاري في منقلب أبي حنيفة ج ٢ ص ١٢٥ أنه قال في أصحابه الذين لازموا مرة « هؤلاء ستة وثلاثون رجلاً . منهم ثمانية وعشرون يصلحون للقضاء ، وستة يصلحون للفتوى ، واثنان يصلحان لتأديب القضاء وأرباب الفتوى ربما أبو يوسف وزفر » .

فيختلفون فيها ، فهذا يأتي بحواب ، وذلك يأتي بغيره ، ثم يرفعونها إليه ، فينتهي فيها معهم إلى رأي ، ثم يأمرهم بكتابتها ، وكان ينههم عن كتابة المسائل قبل تمحيصها ، ولم يكنف بالاجتهاد في أحكام الحوادث التي تعرض عليه ، بل فرض المسائل وقدر لها أحكامها ، فلما اعترض عليه بعض العلماء في ذلك قال : إنا نستمع للبلاء قبل نزوله . فإذا نزل عرفنا الدخول فيه والخروج منه ^(١) .

ومع هذا لم يكن متمصبا لرأيه ، فقد قيل له : يا أبا حنيفة هذا الذي تقضي به هو الحق الذي لا شك فيه ؟ فقال : والله لا أدري له الباطل الذي لا شك فيه .

أما طريقته في الاستنباط وترتيب الأدلة فقد قال : « أخذ بكتاب الله إذا وجدته فإذا لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات ، فإذا لم أجده في كتاب الله ولا سنة رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت ، وأدع قول من شئت ، ثم لم أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشامي وابن سيرين وسعيد بن المسيب . وعد رجلا من التابعين ، فلي أن أجتهد كما اجتهدوا ، وفي رواية فيهم رجال ونحن رجال » .

وهذا المسلك فيه رد قاطع على من ادعى أنه كان يترك الحديث ويعمل بالرأي ، نعم إنه كان يتشدد في قبول الحديث والعمل به لما قدمنا من أن

(١) رابع كتاب الخيرات الحسان لابن حجر الميمني ص ٢٠٠ ففيه أن قتادة لما نزل الكوفة قال : لا يسألني أحد عن مسألة من الحلال والحرام إلا أجبت ، فسأله أبو حنيفة عن مسألة دقيقة فقال له قتادة : أوقعت هذه المسألة ؟ قالوا لا ، قال فلم تسألني عما لم يكن ؟ فقال أبو حنيفة إن العلماء يستعملون البلاء ويستعرضون منه قبل نزوله ليعرفوا الدخول فيه والخروج منه .

المراق كثر فيه وضع الحديث ^(١) فوضع شروطاً لقبول الحديث لم يسلم منها إلا القليل ، ومع ذلك لم يظمن أحد من معاصريه الأئمة الأعلام في دينه ، ولا في خلفه ، بل كلهم أثنى عليه ثناء جميلاً .

فهذا سفيان الثوري وابن المبارك يقولان : أبو حنيفة أفقه الناس ، وقال الامام مالك : إنه لفقيه ، وقال الامام الشافعي : « الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة » .

كان أبو حنيفة ورعاً زاهداً في الدنيا ، ذكياً يحسن التخلص من المآزق .

أما ورعه وزهده فيدل عليه أنه امتنع عن تولي القضاء ، وقد طلب له مرتين . الأولى أيام الأمويين ، والثانية في عهد العباسيين في خلافة أبي جعفر المنصور ، فأبى وامتنع ، ولم يثنه عن إياثه ضربه في الأولى ، وحبسه في الثانية .

ومن هنا كان جريئاً في الحق لا ييامل أحداً على حسابه حتى ولو كان الخليفة نفسه .

يرى أن أهل الموصل نقضوا عهد المنصور الذي أخذه عليهم وقد كانوا شرطوا ، إن فعلوا ذلك تحمل دماؤهم له ، فجمع المنصور الفقهاء ، وفيهم أبو حنيفة فقال : ألم يصح أنه عليه السلام قال : « المؤمنون عند شروطهم » وأهل الموصل قد شرطوا ألا يخرجوا علي ، وقد خرجوا على عاملي ، وقد حلت لي دماؤهم ، فقال رجل : يدك مبسوطة عليهم ، وقولك مقبول فيهم ، فإن عفوت فأنت أهل للعفو ، وإن عاقبت فما يستحقون ، فقال لأبي حنيفة : ما تقول أنت يا شيخ ، ألسنا في خلافة نبوة ، وبيت أمان ؟ قال : إنهم شرطوا لك ما لا

(١) تاريخ بغداد ١٣ ص ٣٦٨ .

يملكونه وشرطت عليهم ما ليس لك ، لأن دم المسلم لا يحل إلا بأحد معان ثلاثة فإن أخذتهم أخذت بما لا يحل ، وشرط الله أحق أن توفي به ، فأمرم المنصور بالقيام ففترقوا ثم دعاه وقال يا شيخ القول ما قلت ، انصرف إلى بلاده ولا تقتل الناس بما هو شين على إمامك فتبسط أيدي الخوارج ، (١) .

وأما ذكؤه وحسن تحلصه فيظهر ذلك مما رواه الربيع بن يونس ، حانجب المنصور ، أنه قال : رأيت أمير المؤمنين المنصور ينزل أبا حنيفة في أمر القضاء ، وأبو حنيفة يقول له : إتق الله ولا تشرك في أمانتك إلا من يخاف الله والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب ؟ . وإني لا أصلح لذلك فقال له : كذبت أنت تصلح له ، فقال : قد حكمت على نفسك يا أمير المؤمنين فكيف يحل لك أن تولي قاضياً على أمانتك وهو كذاب ؟ ١٩ .

كما كان حاضر البدينة ، سريع الجواب فجا يعرض عليه ، قال الليث بن سعد فقيه مصر المتوفي سنة ١٧٥ هـ : إنه شهد مجلس أبي حنيفة بمكة ، وقد سئل في ابن يروجه أبوه - وليس له غيره - بصرف مال كثير فيطلقها ، ويشترى له جارية فيعتقها ، فأوصى أبو حنيفة السائل أن يشتري لنفسه جارية تقع عليها عين الابن ، أي تعجبه ، ثم يزوجها إياه ، فإن طلقها رجعت مملوكة ، وإن أعتقها لم يحز حقه ، قال الليث : والله ما أعجبني صوابه كما أعجبني سرعة جوابه (٢) .

ويعد ذلك كله كانت له حيل لطيفة للخروج من مآزق الأيمان المتنوية التي تفنن فيها أهل للمراق . منها ما جاء في إعلام الموقعين لابن القيم في بحث الحيل . أن رجلاً اتاه بالليل ، فقال أدركني قبل الفجر وإلا طلقت امرأتي ، فقال : وما ذاك ؟ قال : « تركت الآية كلامي » فقلت لها : إن طلع الفجر ولم تكلميني فأنت طالق ثلاثاً ، وقد توسلت إليها بكل أمر أن تكلمني فلم تفعل ، فقال له :

(١) الثعلب لابن الزبدي ج ٢ ص ١٧ .

(٢) الانتقاء لابن عبد البر .

أذهب فمر مؤذن المسجد أن ينزل فيؤذن قبل الفجر فلعلها إذا سمعت تكلمك ،
واذهب إليها ونادها أن تكلمك قبل أن يؤذن المؤذن ، فعلم الرجل وجلس
ينادها وأذن المؤذن فقال : قد طلع الفجر وتخلصت منك فقال : قد كنتني
قبل الفجر وتخلصت من اليمين ، قال ابن القيم : وهذا من أحسن الحيل .

أصول مذهب أبي حنيفة :

سبق أن بينا طريقته في الاستنباط وترتيب الأدلة ، وهي أنه يأخذ بكتاب
الله ثم بسنة رسول الله ، ثم بأقوال الصحابة ، فإذا لم يجد شيئاً من ذلك اجتهد .

وفي هذا إجمال للمصادر التي يستند إليها ، وتفصيلها كما في كتب أصحابه .
أنه يأخذ بالكتاب ما كان يقدم عليه شيئاً ثم بالسنة التي توفر فيها ما شرطه من
الشهرة ، وإن كان المروى عنه من الفروع يفيد أنه أخذ بأحاديث لم تتوفر فيها
الشهرة ، بل هي من أخبار الآحاد والأحاديث المرسلة « مرسل الصحابي أو
التابعي » . والاجماع متى وجد ونقل صحيحاً ، وقول الصحابي فيما ليس
للاجتهاد فيه مجال ، لأنه يظنه أثراً رواه الصحابي عن الرسول ولم يستند إليه .
وهذا يقدمه على القياس ، وأما ما فيه مجال للاجتهاد فما كان يقدمه على القياس
إلا إذا وجد معه دليل آخر يرجحه ، ومن هنا تحمل العبارة الواردة عنه مطلقاً
في العمل بقول الصحابي على أنها مقيدة بما إذا لم يمارضه قياس أو دليل آخر .

ويعد هذا يعمل بالقياس والاستحسان والعرف ، ويلاحظ أن بعض أنواع
الاستحسان تتفق مع ما أخذ به غيره من المصالح المرسة ، فيكون من أصول
مذهبه المصالح المرسة ، وإن لم يأخذ بها بهذا العنوان .

ومما يلاحظ هنا أن أبا حنيفة لم يدون مذهبه بنفسه كما فعل غيره من
الأئمة وإنما دونه تلاميذه ، اللهم إلا إذا اعتبرنا أمره لتلاميذه بتدوين المسائل
بعد تحصيلها تدويناً ، وفي الحق أن التدوين في هذا الموضع لا يقصد به إلا

التدوين المرقب المبوب ، وهو ما ينفعه أبو حنيفة كما بينا ذلك من قبل في بحث
تدوين الفقه .

تلاميذه :

كان لأبي حنيفة كثير من التلاميذ ، فنرجم لثلاثة منهم اشتهروا معه ، حتى
كانت لهم آراء تخالف آراءه ، وهم زفر بن الهذيل ، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن .

زفر : هو زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي ، عربي من قم ، كان أبوه والياً
على البصرة ، أو أصفهان ، وأمّه أمة فارسية ولد سنة ١١٠ هـ ، ولما كبر طلب
الحديث ، وتفقّه على أبي حنيفة حتى كان من أبرز أصحابه أخذاً بالقياس ، ومن
كلماته : نحن لا نأخذ بالرأي ما دلم أثر ، وإذا وجد الأثر تركنا الرأي ، وكان
جيد اللسان فصيحاً . ناظر أبا يوسف فقلبه ^(١) .

زهدي في الدنيا حتى أنه أكره على القضاء فاختفى ، فهدم منزله ، ثم خرج
وأصلحه ، ثم أكره عليه مرة أخرى ، فأبى فهدم منزله مرة ثانية ، فلم يؤثر
ذلك في امتناعه ^(٢) ، وآخر أن يشتغل بالعلم والتعليم حتى توفي سنة ١٥٨ هـ
بالبصرة بعد وفاة إمامه بثلاث سنوات ، ويذكر اسمه في كتب الحنفية كثيراً
غير منسوب للصحة .

(١) لعل ذلك كان في مناظرته معه قبل أن ينتقل أبو يوسف إلى أبي حنيفة وقد عدّها العلماء
سبباً من أسباب ترك أبي يوسف تلمذته لابن أبي ليلى وتحوله للتلمذة على أبي حنيفة كما يقول
الدرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ١٢٩ .

(٢) راجع الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٧٦ . وللاؤرخون يذكرون امتناعه عن قبولي
القضاء عند المقارنة بينه وبين أبي يوسف الذي تولاه . ولذلك وصفوه بأنه أروع من أبي يوسف .
هذا وقد ذكر الشيخ السنهوري في مقدمة الموسوعة ج ١ ص ٢٨ أن زفر قولي قضاء البصرة وكان
مع ذلك يدرّس الفقه للناس وينسب آراءه إلى أبي حنيفة حتى حبيبهم في فقهه .

أبو يوسف : (١) . هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري عربي الأصل ، ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ ، نشأ فقيراً معدماً كما ينشأ النبغاء ، فلما وصل حد التمييز سمع الحديث ، ثم اشتغل بروايته حتى عد من المحدثين ، وتفقّه أولاً على ابن أبي ليلى المتوفى سنة ١٤٨ هـ فتعلم بين يديه تسع سنين ، ثم انتقل إلى أبي حنيفة لما رأى فيه من سمة الأفق وكثرة العلم فتعلم عليه تسعاً أخرى فكان من أكبر تلاميذه ، وأعانه أبو حنيفة لفقر والديه ، فكان يده بالمال بين الحين والآخر كما حدث عن نفسه . (٢)

تولى القضاء لثلاثة من خلفاء العباسيين . المهدي ، والهادي ، والرشد من سنة ١٦٦ هـ إلى أن توفي سنة ١٨٣ هـ . وكان أول من تولى منصب قاضي القضاة (٣) في عهد الرشد . وهو منصب خطير لأنه جزء من حقوق الخلافة

(١) كني بأبي يوسف لأن أولاده كان يسمى يوسف تولى القضاء بالمسابب الغري من بغداد في عهد أبيه قاضي القضاة .

(٢) كنت أطلب الحديث والفقه ، وأنا رث الحال ، فجاءني أبي يوماً وأنا عند أبي حنيفة فانصرفت معه ، فقال لي يا بني : لا تتدد رجلك مع أبي حنيفة ، فإن أبا حنيفة خيبر مستور . وأنت محتاج إلى الماش ، فقصرت عنه كثيراً في الطلب . وآثرت طاعة أبي فتفقدني أبو حنيفة وسأل عني فجعلت أتعاهد مجلسه ، فلما كان أول يوم أنيته بدد تأخري ، قال ماذا شغلك عنا ، قلت الشغل بالماش ، وطاعة والدي ، فجعلت ولما انصرف الناس دفع إلي صرة وقال : استمتع بها لماذا فيها مائة درهم ، وقال لي إلزم الحلقة وإذا فرغت هذه فأعلمني فلزمت الحلقة فلما مضت مدة يسيرة دفع إلي مائة أخرى ، ثم كان يتمهني وما أعلمته بخبة قط ولا أخبرت به بفاذ شيء ، وكأنه كان يخبر بفاذها حتى استغنيت وتحولت . وقبل إن والده مات وهو صغير ، وأن أمه هي التي أنكرت عليه حضور الحلقة بعد أن كانت أسلمته إلى قصاب يتعلم منه ويعيش في كنفه .

(٣) ونظام قاضي القضاة فارسي الأصل وأول من أدخله في الدولة الإسلامية البرامكة في عهد هارون الرشيد ، وأول قاض وصف بهذا الوصف هو أبو يوسف ثم أستور في بغداد لم يكن يلعب به إلا فيها إلى أن تزقت الدولة المبلسية وتمدت الخلافة في أمجادها فانتقل اللب =

الإسلامية إذ كان الخليفة يباشره بنفسه ، فلما أسند إليه وأصبحت تولية القضاء راجعة إليه في ولايات الدولة لم يكن يستعمل على القضاء إلا من كان حنفياً ، وهذا ساعد على انتشار المذهب واعتناق العلماء له .

وهنا قد يتساءل إنسان . كيف ساء لأبي يوسف أن يخالف طريقة إمامه ويتعاون مع هؤلاء الخلفاء ؟^(١)

ونحن نجيب عن هذا التساؤل ، بأنه قد تكون الحاجة هي التي دفعت أبا يوسف إلى قبول الوظيفة ، لأنه لم يكن صاحب تجسرة ولا صناعة تقوم بحاجته .

ولم يكن له مذهب سياسي يخالف مذهب الخلفاء ، فقد كان أبو حنيفة يميل إلى العلويين ويعمل على مساعدتهم وكثيراً ما تعرض لذلك في درسه ، ولميله كان السبيل الأول في محنته .

على أن أبا يوسف لم يمالئ الخلفاء على حساب الحق ، بل التواريخ يحدثننا عنه أنه أقام العدل ، وأدى واجبه كقفيه ، فنصبته هارون الرشيد في مقدمة كتابه^(٢) الخراج تشهد بذلك ، وكيف يمالئ الخليفة وهو الذي حكم عليه

= إلى البلدان الأخرى وأول من أدخله في مصر دولة المييديين وأول قاض لقب فيها هو أبو الحسن علي بن التعمان الذي تولى القضاء في سنة ٣٦٦ هـ وكان شيعياً غالباً وشاعراً مجيداً كما يقول السيوطي في حسن المحاضرة .

(١) ومن الغريب أنه كان تتلذذ على ابن أبي ليلى فلما ولي ابن أبي ليلى القضاء كره ذلك مع استاذة وتحول إلى أبي حنيفة الذي أبى أن يتولاه فابتلاه الله به حتى تقلد القضاء وصار صفة له يعرف بها بين أصحاب أبي حنيفة فيقال أبو يوسف القاضي ولا يقال أحد سواه من تقلد منهم القضاء المبسوط ج ٣ ص ١٢٨ .

(٢) جاء فيها موجهاً الخطاب إلى أمير المؤمنين: ولا تؤخر حمل اليوم إلى غد فإنك إذا فعلت ذلك أضمت ، ان الأجل دون الأمل ، فيادر الأجل بالعمل فإنه لا عمل بعد الأجل ، ان الرعة =

ونصر حصمه ، وإذا عرفنا أن الخصومة كانت مع نصراني لأكرناه ؟ ١

فقد وقع بين الرشيد ونصراني خصومة ورفع أمرها إلى القاضي أبي يوسف فحكم على الرشيد ، وحين أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أنني وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني مسح الرشيد لم أسو بينها وقضيت على الرشيد وبكى ١١ (١)

== مؤمنون إلى دهم ما يؤدي الراعي إلى ربه فاقم الحظايا ولاك الله وفلكه ولو ساعة من نهار ، فإن أسعد الرعاة عند الله يوم القيامة راع سمعت به وعيته ، ولا ترخ فترج رحمتك ، وإليك والأمر بالمعروف والأخذ بالفضيلة ، وإذا نظرت إلى أمرين أحدهما للأخرة والأخر للندى فاشتر أمر الأخرة على أمر الدنيا فإن الأخرة تبقى والدنيا تفتى ، وكن من خشية الله على حذر . وأجعل الناس عندك في أمر الله سواء القريب والبعيد ، ولا تخف في الله لومة لائم واحذر فإن الحذر بالقلب وليس باللسان ، واتق الله فإن التقوى بالتقوى ومن يتق الله يسهل الله له ، وإعمل لأجل مفضون وسبيل مسلك وطريق مأخوذ وعمل محفوظ ، ومنهل مورود فإن ذلك للورد الحق والموقف الأعظم الذي تطير فيه القلوب وتتقطع فيه الحسيج لمة ملك تهرم جبروته والخلق له داخرون بين يديه ينتظرون قضاءه ويخافون عقوبته وكان ذلك قد كان ...

ثم يقول : فإله الله فإن البقاء قليل والخطب كثير والدنيا مالكة ومالك من فيها والأخرة هي دار القرار ، فلا تلق الله غدا وأنت سالك السبيل للمتدين فإن يوم الدين إذا يدين العباد بأعمالهم ولا يدينهم بمنازهم ، وقد حذر الله فأحذر فإنك لم تخلق عبثاً ، ولا تترك سدى ؛ وإن الله سائلك عما أنت فيه وصبا عملت به فالنظر ما الجواب .

وبعد كلام يقول : فاحذر أن تضيع رحمتك فيستوفي بها حقها منك ويضيعك - يا أئمة - أضعت - أجرك الخ . »

(١) في البسوط - ١٦ ص ٦١ : حكى أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته : اللهم إن كنت تعلم أنني تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة فاعف عني ؛ قيل وما تلك الحادثة قال : أدعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يكن لي أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمجالة مع خصمه ولكنني رفعت النصراني إلى جاني البسطة بقدر ما أمكنتني ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس فهذا كان جوري .

وقد خوصم أمير المؤمنين الهادي إليه في بستان وكان الحكم في الظاهر
 للهادي وفي الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادي لأبي يوسف : ما صنعت في
 الأمر الذي تتنازع إليك فيه ؟ فقال خصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلف
 أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادي : وترى ذلك ؟ قال
 فقد كان ابن أبي ليلى يراه ، فقال اردد البستان عليه ، وإنما احتال عليه أبو
 يوسف لعله أن الهادي لا يحلف : (١)

ولقد رد شهادة الفضل بن الربيع لما شهد أمامه في خصومة ، فشكاه إلى
 الخليفة الذي قال له : إن وزيرى رجل دين لإيشهد الزور فلم رددت شهادته ؟
 قال لأني سمعته يقول يوماً للخليفة أنا عبدك ، فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد ،
 وإن كان كاذباً فكذلك فمذره الخليفة .

وبعد : فإن أبا يوسف (٢) هو أول من صنف في مذهب إمامه . ألف
 كتباً كثيرة لم يصلنا منها إلا بعضها ، ككتاب الحراج ، وكتاب الرد على سير
 الأوزاعي ، وكتيبته باختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (٣) .

دخل إلى المدينة ، وأخذ من الإمام مالك بعد أن ناظره في كثير من المسائل

(١) راجع تاريخ القضاء في الاسلام والبحر الرائق ج ١ ص ١٠٠ .

(٢) وهو أول من غير لباس العلماء الى هيئة خاصة وكان لباس الناس قبل ذلك شيئاً واحداً
 لا يتميز فيه لأحد على أحد .

(٣) ألف هذا الكتاب بعد أن تتلمذ على ابن أبي ليلى تسع سنين وعلى أبي حنيفة مثلها
 فأراد أن يجمع بين المسائل التي كان الاختلاف فيها بين أستاذه ولادة يرجع رأى أستاذه
 الأول وأخرى يرجع رأي أستاذه الثاني ثم اخذ محمد بن الحسن هذا الأصل وزاد عليه
 بعض ما كان سمعه من غيره ولذلك عد هذا الكتاب من تأليف محمد أيضاً . البسوط
 ج ٢ ص ١٢٩ .

ولما رجع إلى العراق عمل على التقريب بين المذاهب ، مذهب الحجازيين ، ومذهب العراقيين ، وكانت وفاته ببغداد لأنه انتقل إليها مع إمامه بعد بنائها وبقي بها إلى أن توفي فيها .

محمد بن الحسن الشيباني : كان أبوه من الشام ، وقد إلى العراق فولد له محمد بواسط سنة ١٣٢ هـ ، وهو من الموالى ، ونسبته إلى شيبان بالولاء نشأ بالكوفة وطلب الحديث وصحب أبا حنيفة ، وأخذ عنه الفقه ، ولكن وفاة الإمام وهو صغير جعلته ينتقل إلى أبي يوسف ، ويتلمذ له ، ونبغ في ذلك حتى سبق شيخه أبا يوسف ، ولهذا حصلت بينها وحشة في أواخر أيام أبي يوسف .

رحل إلى المدينة ، وأخذ عن الإمام مالك ثلاث سنين ، وروى الموطأ عنه وأخذ عنه الشافعي ، وقد أثر في فقهه لغاؤه لمالك والشافعي ، وإليه يرجع الفضل في تدوين مذهب أبي حنيفة بما ألفه من كتب كثيرة .

تولى القضاء في عهد الرشيد بالرقعة ، ثم عزل سنة ١٨٧ هـ ، ورجع إلى بغداد ، وتوفي وهو في رحلة مع الرشيد سنة ١٨٩ هـ .

هؤلاء هم أشهر أصحاب أبي حنيفة أخذوا الفقه عنه ، واجتهدوا بعده ، وخالفوه في كثير من المسائل ، ولذا تذكر آراؤهم في كتب الحنفية مع آراء إمامهم ، إما موافقين ، أو مخالفين . كلهم أو بعضهم ، أما زفر فيذكر رأيه منسوباً إلى اسمه ، وأما أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد فتارة يتفق رأيهم وتارة يختلف ، فإذا كان لأحدهم رأي منفرد نسب إلى اسمه ، وإن اجتمع اثنان على رأي فإن كان أبو حنيفة وأبو يوسف معاً قيل : هذا رأي الشيخين لأنها شيخا محمد بن الحسن ، وإذا كان أبو حنيفة ومحمد قيل : هذا رأي الطرفين لأن أبا يوسف يتوسطهما في السن ، وإذا كان أبو يوسف ومحمد قيل هذا

رأي الصاحبين . لأنها صاحباً أبي حنيفة ، وإليها يرجع الفضل في تدوين المذهب ونشره ، وإذا اتفق الكل قيل : هذا رأي أئمتنا ، ويقابله رأي غيرهم من الأئمة الآخرين .

هذا وقد قسم علماء الحنفية مسائل الفقه عندهم إلى ثلاث طبقات .

الطبقة الأولى ، مسائل الأصول ، والثانية مسائل النواذر ، والثالثة الفتاوى والروايات .

أما مسائل الأصول ، وتسمى « ظاهر الرواية » فهي التي رويت عن أبي حنيفة وأصحابه لكنها في الغالب تكون قول الإمام وصاحبيه أبي يوسف ومحمد ، أو قول بعضهم ، كما أشرنا إلى ذلك .

جمع الإمام محمد هذه المسائل في كتب ستة ^(١) تسمى كتب ظاهر الرواية لأنها رويت عنه برواية الثقات . وهي : المبسوط ، والجامع الصغير ، والجامع الكبير ، والزيادات . ألفها بعد تأليف الجامع الكبير استدراكاً لما فاتته فيه من

(١) والفرق بين كتب أبي يوسف وكتب محمد أن كتب أبي يوسف مملوءة بالاستدلال ، وبينها وجهة نظره ونظر إمامه فيما نقفه عنه ، وأما كتب محمد فهي خالية من الاستدلال ، إلا ما كان يصدر به كل باب من إبراهيم بن محمد الأثر التي تعتبر بمثابة الأصل في الباب . وهذا إذا استثنينا كتابه الرد على أصل المدينة الذي نقفه للشافعي في الأم فإنه مملوء بالاستدلال بالآيات والأقضية ، ولعل السبب في ذلك أن محمداً كان يقصد تدوين المذهب كله فاكتمى بذكر المسائل المجردة .

المسائل والصغير الصغير ، والسير الكبير ^(١) . وحما موضوعان في قوانين
الطرب .

هذه الكتب جمعها الحاكم الشهيد المتوفي سنة ٣٣٤ هـ في كتاب الكافي بعد
حذف المكرر منها ثم شرح الكافي بعد ذلك محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي
سنة ٤٩٠ هـ في كتاب المبسوط ، وهو يقع في ثلاثين جزءاً وطلب في مصر .

وأما مسائل النوادر فهي الستة رويت عن أبي حنيفة وأصحابه في كتب
أخرى كالمأثورات والكيسانيات والرقبات ^(٢) للإمام محمد بن الحسن ، وكتاب
المجهد للحسن بن زياد ، وكتاب الأمالي لأبي يوسف ^(٣) .

وأما الفتاوى والواقعات فهي المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب
من علماء الحنفية لما سئلوا عن هذه المسائل ، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل
المذهب المتقدمين ، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقير
أبي الليث السمرقندي المتوفي سنة ٣٧٣ هـ . كما يقول ابن عابدين ، ثم مجموع النوازل
والواقعات للناطفي . والواقعات للصدر الشهيد ، وقد قدمنا ذكر أمثلة لكتب
الفتاوى ، وهي تحالف هذه في أن ما فيها مأخوذ من كتب الفقه ، وقليل منه
مستنبط حكمه .

ومذهب الحنفية تنقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن المذهب الغالب من مذاهب

(١) قيل في تلييل التكرار في أسماء كتبه . الجامع الكبير والجامع الصغير ، والسير الكبير
والصغير ، إن اسم الصغير . جمع المسائل التي اتفق فيها مع أبي يوسف ورواه عنه أو اطلع عليه ،
ولذلك يقول في أول كل فصل « محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة » وأما الكبير فمن صنعه وحده
ولم يروه عن أبي يوسف .

(٢) المأثورات ، مسائل أملاها في دولة هارون الرشيد ، والكيسانيات نسبة إلى رابعا
شبيب بن سليمان الكيساني . والرقبات كتاب جمع فيه ما عرض له من المسائل وهو قاضي الرقة .
(٣) والأمالي جمع إملاء . وهو أن يجلس العالم وحوله تلاميذه بالخيار والقراطين فيتكلم بما
يخطر على قلبه فيكتبه عنه التلاميذ .

أهل السنة في جمهورية العراق والجمهورية السورية وباكستان ، وأفغانستان
وتركيا . وفي البرازيل بأمريكا الجنوبية .

المذهب المالكي

في رحاب المدينة مهبط الوحي ، ومقر التشريع قرابة أربعين عاماً في
عصري النبوة والخلفاء الراشدين ، وموطن جهرة الصحابة ، ومحط رجال الفقهاء
والعلماء ، حيث تروى أحاديث الرسول القولية ، ويتابع الناس العمل بسنته
العملية جيلاً بعد جيل ، ويتناقشون سنة الخلفاء من بعده .

في هذا الجو العلمي الروحي نشأ المذهب المالكي أسس بنيانه ، وشيد
أركانه ، ووطأ طرقه وعبدها إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن مالك بن عامر
الأصبغي ، سليل بيت العلم . فجدده مالك تابعي كبير ، وجدده الأعلى أبو عامر
صحابي جليل ، ونسبته إلى قبيلة ذي أصبح اليمنية ، جاء أحد أجداده إلى
المدينة وسكنها وتنازل حتى ولد له هذا الإمام سنة ٩٣ هـ ، فلما كبر تلقى العلم
والحديث عن شيوخها الكثيرين ، ولما كمل عقله ، وتم نضجه وتأهل للتدريس
جلس له وسط حلقات شيوخه بعد أن شهد له منهم سبعون شيخاً كما أخبر عن
نفسه . ولقد حبيت له المدينة موطنه ومدرسته ، فأثرها بما حياه الله من فضل
وعلم ، فظل فيها طول حياته - لم يخرج منها إلا للحج - بقي ويعلم حتى توفي
سنة ١٧٩ هـ في خلافة الرشيد .

ولقد قصده العلماء والطلاب من كل قطر ليأخذوا عنه ، فانتشر مذهبه في
كثير من الأقطار على أيدي هؤلاء التلاميذ .

شهد له الأئمة بالفضل والأمانة والعلم ، حتى قيل : لا يفتى ومالك بالمدينة .

أنظر إليه وقد جاءه رجل في مسألة ليستفتته ، فيقول له : لا أحسنها ، فلما قال له الرجل : تقول لا أحسنها وقد ضربت إليك الأرض من كذا وكذا لأسألك عنها ؟ ماذا أقول لأهلي ؟ قال : قل لهم سألت مالكا فقال : لا أحسنها .

وكان يقول : « إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم ، لقد أدركت سبعين من يقولون : قال رسول الله عند هذه الأساطين « عند المسجد ، لما أخذت عنهم شيئا ، وأن أحدهم لو أوثقن على يد مال لكان أمينا » .

زهد في الدنيا ، ولم يركن إليها ، يدل لذلك أن الرشيد لما أراد الرجوع إلى العراق بعد تمام حجه قال له : ينبغي أن تخرج معي ، فإني عزمت أن أحمل الناس على الموطأ كما حمل عثمان الناس على القرآن ، فقال : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ، لأن أصحاب رسول الله افترقوا بعده في الأمصار فصعدوا فعمد أهل كل مصر علم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اختلاف أمتي رحمة » ، وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ، لأن رسول الله قال : « سيخرجون بعدي من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون ^(١) » .

حافظ على جلال العلم وعزته ، فما هو ذا يابى أن ينتقل إلى بيت الخليفة هارون الرشيد لما طلب منه الحضور إليه لسمع منه ابنه الأمين والمأمون كتابه الموطأ ويقول في صراحة مقنعة : أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج ، فإن أنتم أعزتموه يمز ، وإن أذلتموه ذل ، والعلم يوتى ولا يأتي ، فقال : صدقت ، أخرجنا إلى المسجد حتى نسمع مع الناس ، قال مالك . بشرطة ألا تخططيا رقاب الناس ، ويحلسا حيث ينتهي بها المجلس ، فحضرا بهذا الشرط ^(٢) .

(١) مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٧ .

(٢) للرجوع السابق ص ٨٦ .

وقد امتحن سنة ١٤٧ هـ . وضرب ^(١) بالسياط . وانفكت ذراعه ، وبقي مريضاً حتى مات ، وسببها أنه أفتى بعدم لزوم طلاق المكره ، وقد كانوا يكرهون الناس على الحلف بالطلاق عند البيعة ، فرأوا أن الفتوى تنقض البيعة وتهون الثورة عليهم ، وقيل في سببها : إن تلميذه ابن القاسم سأل عن البغاة : يجوز قتالهم ؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز ، قال : فإن لم يكن مثله ، فقال : دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم . ثم ينتقم من كليهما ، وقيل غير ذلك ^(٢) .

ألف كتاب الموطن ^(٣) ، وأقام في تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة ، وجماع بذلك لأنه وطأ ومهد للناس ما اشتمل عليه من الحديث والفقه . أو لأن العلماء

(١) ضربه نجف بن سليمان والي المدينة .

(٢) فقد روي أن مالكا سأل عن سيرة « عبد الرحمن بن معاوية » الداخل إلى الأندلس والتملك بيزيرته فقبل له : أنه يأكل خبز الشمير ويلبس الصوف ويجاهد في سبيل الله وعددت له مناقبه فقال مالك : ليت أن الله يزين حرمنا بشه . وبلغ ذلك عبد الرحمن فسر به حين قدم عليه العباسيون ذلك .

(٣) ألفه في أواخر عهد المنصور وانتهى منه لأول مرة سنة ١٤٨ هـ ، وجملة ما فيه من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة والتابعين ١٧٣٠ حديثاً ، للسند منها ٦٠٠ ، والمرسل ٢٢٢ ، والوقوف ٦١٣ ، ومن أقوال التابعين .

وقيل أنه ودى مائة ألف حديث اختار منها في الموطن حشرة ٢٢ ألف . ثم لم يزل يعرضها على الكتاب والسنة العملية حتى رجعت إلى ٥٠٠ حديث مسند .

ولقد روى الموطن بروايات كثيرة ، قيل إنها بلغت عشرين أو ثلاثين لم يصلنا منها إلا اللتان ، رواية يحيى بن يحيى (المتوفى سنة ٢٣٤ هـ) ، ورواية محمد بن الحسن . والاختلاف كثير بين هذه الروايات وسببه يرجع إلى اختلاف أوقات سماع هؤلاء الرواة من الأسماء ، وسكثرة تفسيره وتعميده فيه ، ويجب أن يلاحظ أن كتاب الموطن ليس من كتب الحديث ، بل كتاب جمع بين الحديث والفقه لأن طريقة تأليفه أن يذكر الأحاديث والآثار التي صحت عنده في الموضوع الواحد ويمضيها بذكر أجوبة المسائل التي سئل عنها ، وقد يبدأ بذكر للسئلة وحكمها وما يدل على هذا الحكم من أدلة .

وأحياناً يذكر حكم علماء المدينة فيقول : « الأمر الذي لا خلاف فيه عندنا » .

المعاصرين له بالمدينة واطنوه وواقفوه عليه ، وهو كتاب جمع بين الحديث والفقه .

ومن الكتب التي حفظت المذهب . كتاب المدونة التي رزاها سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك رضي الله عنه ، وغيرها من الكتب .

أصول مذهبه : الكتاب ثم السنة ثم الإجماع الذي يعبر عنه بقوله : « إنه الأمر المجتمع عليه » ، والقياس ، وأعطى لعمل أهل المدينة منزلة في العمل حتى كان يقدمه على خبر الواحد من الأحاديث إذا كان مخالفاً له ، لأن عملهم في نظره بمنزلة مرويه . فهم توارثوه عن سبقهم طبقة عن طبقة إلى الصحابة . وكان يعبر عنه بقوله : « ذلك الذي عليه أمر الناس عندنا » أو « الذي عليه الأمر عندنا » فإذا اختلفوا اختار من أقوالهم واستحسن منها ، ويشير إليه بقوله : « وعند بعض أهل العلم ببلدنا ، وخالفه غيره من الأئمة في ذلك استناداً إلى أن كثيراً من الصحابة خرج بما معه من السنة إلى الأمصار الأخرى ، ولم تكن السنة مقصورة على أهل المدينة فقط حتى يقال : إن عملهم بمنزلة مرويه ، وقد عمل أيضاً بالمصالح المرساة ، وتوسع في العمل بها حتى نسب العمل بها إليه دون سائر الأئمة ، كما عمل بالاستحسان في مسائل كثيرة ، وبأقوال الصحابة متى صح سندها ولم يرد في موضعها حديث .

ومن هنا لم يكن الإمام مالك من مدرسة أهل الحديث التي تكره الرأي والعمل به ، بل كان من مدرسة أهل الرأي المعتدلين في الأخذ به ، أو من مدرسة الحديث الذين لم يقفوا جامدين عند النصوص ، ذلك أنه لم يقتصر على الاقتفاء فيما وقع في بلده ، بل أفتى فيه وفيما وقع في البلدان الأخرى حيثما سأله تلاميذه القادمون عليه من كافة الأقطار .

تلاميذه : كان للإمام مالك تلاميذ كثيرون ، تفقهوا عليه ، ثم نشروا مذهبه في الشرق والغرب نذكر منهم :

١ - أبو عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٢٨ هـ . وتوفي بمصر سنة ١٩١ هـ .
سافر من مصر إلى المدينة ، ومكث يتلقى العلم عن الإمام مدة عشرين سنة ،
حتى صار أول التلاميذ ، وخرج بشهادة عظيمة من إمامه ، فقد سئل مالك
عن ابن القاسم وابن وهب فقال : « ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه » ، بلغ درجة
الاجتهاد المطلق ، ولكنه لم يستقل برأي خاص ، كما فعل أبو يوسف ومحمد بن
الحسن مع إمامهما ، وهو صاحب المدونة التي حفظت المذهب ورواها عنه
سحنون .

٢ - أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ولد سنة ١٢٥ هـ ، وتوفي في أوائل
القرن الثاني قبل سنة ١٩٧ هـ ، رحل إلى الإمام لتلقي العلم عنه سنة ١٤٨ هـ ،
وبقي معه مدة طويلة خرج بعدها بلقب المقي ، لقبه إمامه به ، فقد كان الإمام
إذا راسله يكتب إليه إلى ابن وهب المقي ، ولم يكتب لغيره بهذا اللقب ، ومع
هذه المنزلة في الفقه كان ورعاً زاهداً في المناصب . أبى أن يتولى القضاء بمصر لما
عرض عليه ، واختفى ولزم بيته .

٣ - أشهب بن عبد العزيز القيسي ولد سنة ١٤٥ هـ ، وتوفي سنة ٢٠٤ هـ ،
بعد وفاة الإمام الشافعي بثمانية عشر يوماً ، كان فقيهاً بارعاً انتهت إليه رئاسة
المذهب بمصر بعد ابن القاسم ، شهد له الإمام الشافعي بأنه لم يشهد أفقه منه
في زمانه .

٤ - أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري ولد بالاسكندرية سنة ١٦٥ هـ ،
وتوفي سنة ٢١٤ هـ ، فقيه كبير انتهت إليه رئاسة المذهب بعد أشهب ، وكان
مع فقهه صاحب جاه ومال . ولما جاء الشافعي إلى مصر نزل ضيفاً عليه .
وتفقه عليه ابنه محمد حتى صار إماماً في الفقه مثل أبيه .

٥ - أصبغ بن الفرج الأموي . تفقه على ابن القاسم وأشهب بن وهب ، ولم
يأخذ عن الإمام ، لأنه دخل المدينة حين توفي ، وبالوغم من عدم لقياء للإمام

وأخذه عنه مباشرة إلا أنه كان من أهل خلق الله بآراء مالك ، يعرفها مسألة مسألة ، ويعرف متى قالها ، ومن خالفه فيها . وهي مرتبة كبيرة لا يصل إليها إلا قليل من التلاميذ ، وتوفي سنة ٢٢٥ هـ .

٦ - محمد بن إبراهيم الاسكندري المعروف بابن المواز . فقيه كبير ألف كتابه المشهور بالموازية ، رد فيه فروع المذهب إلى أصوله ، حتى قيل عنه ، إنه أجل كتاب أفقه تلاميذ الإمام مالك ، وتوفي سنة ٢٦٩ هـ .

هؤلاء كلهم مصريون ، وللإمام تلاميذ غيرهم في كل الجهات منهم .

١ - أسد بن الفرات التونسي المنشأ أخذ الفقه عن مالك ، ثم انتقل إلى العراق ، وأخذ عن أصحاب أبي حنيفة ، ثم جاء إلى مصر وعرض على ابن القاسم ما أخذه من فقه الحنفية ، فأفتاه في هذه المسائل بحكمها في مذهب مالك . فرتب ذلك في كتاب سمي بالأسدية . ومع هذا الفقه والرحلات فيه كان مجاهدا عظيما قتل قيادة جيش لفزوة صقلية مات شهيدا ٢١٣ هـ .

١ - سحنون وهو عبد السلام بن سعيد التنوخي . أصله شامي من حمص ولد سنة ١٦٥ هـ ، ثم انتقل إلى القيروان بشمال أفريقيا مع أبيه ، فأخذ العلم عن علماءها ، ثم انتقل إلى مصر ، وأخذ فقه مالك من ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، ولقد عرض على ابن القاسم مدونة أسد بن الفرات فصحبها له ، ثم رجع بها إلى القيروان ونشرها هناك ، وترك الناس مدونة أسد الأسدية ، لامتناعه عن تغييرها ، وتولى القضاء في عهد بني الأغلب مجانا ، فلم يكن يأخذ عليه أجرا ، بل يأخذ لأعرانه فقط ، وتوفي سنة ٢٤٥ هـ .

ومذهب مالك تنتقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن الغالب في صعيد مصر والسودان ، والكويت وقطر والبحرين . والأحساء مع المذهب الحنبلي ، وفي بلاد المغرب كلها .

موازنة بين المذهبين « الحنفي والمالكي »

بعد هذا المرح نستطيع أن نوازن بين هذين المذهبين فنقول :

إنها يتوافقان في العمل بالكتاب والسنة ، والإجماع والرأي ، وأن الكتاب مقدم على كل ما عداه ، ويحيى بعده السنة الصحيحة التي لا يعارضها شيء آخر ، ثم الإجماع متى صح ونقل نقلاً صحيحاً ، ثم الرأي وهو لا ينحصر عندهما في القياس كما ذهب إليه بعض الأئمة ، وقد اتفقا على العمل بأقوال الصعابة المتفق عليها والمختلف فيها ، وبعد ذلك يفرقان في أمور منها :

أولاً . أن أبا حنيفة شرط في العمل بالسنة أن يكون الحديث مشهوراً إذا كان في موضع تعم فيه البلوى فإذا لم يكن مشهوراً تركه لاحتمال أنه موضوع ، وفي غير مواضع عموم البلوى يعمل بأحاديث الأحاد المسندة ، والمروسة التي أرسلها الصحابي أو التابعي لا يقدم عليها شيئاً وافقت عمل أهل المدينة أو خالفته .

والإمام مالك لم يشترط الشهرة في الحديث ، ولكنه شرط في أحاديث الأحاد عدم مخالفتها لعمل أهل المدينة ، فإذا خالف الحديث عمل أهل المدينة تركه وعمل بما عليه أهل المدينة ، لأنه يرى أن علمهم بمنزلة مروجهم ، فهو في نظره سنة عملية متوارثة متفق عليها . فتكون أقوى من حديث الأحاد ، بل تفيد أنه منسوخ .

ثانياً : إن الإجماع في نظر أبي حنيفة هو الإجماع العام الذي يكون من جميع المجتهدين في جميع البلدان سواء أكان صريحاً أم سكوتياً ، ولم يرد به إجماع علماء بلد بذاته ، والإمام مالك يتوسع فيه فيجعله شاملاً للإجماع العام ، ولإجماع أهل المدينة .

ثالثاً: إن أبا حنيفة توسع في استعمال الرأي حتى عد من مدرسة أهل الرأي، بل اعتبر أمامها، والإمام مالك لم يتوسع توسعه، بل أخذ منه بقدر حتى اختلف فيه العلماء، فعدّه بعضهم من مدرسة أهل الحديث، وآخرون من مدرسة أهل الرأي، بينما اتفق الجميع على أن أبا حنيفة من مدرسة الرأي.

رابعاً: إن المذهب المالكي اعتمد على المصالح المرساة كأصل من الأصول يستند إليها في كثير من الأحكام.

أما المذهب الحنفي فلم يعتبرها أصلاً مستقلاً، بل أخذ منها بقدر تحت عنوان الاستحسان.

خامساً: إن المذهب المالكي مذهب فردي جاء نتيجة اجتهاد إمامه وحده وليس لأصحابه فيه إلا قليل من الأحكام التي استنبطوها بناء على أصول إمامهم لأنه لم يكن فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق - ألا ما قيل عن ابن القاسم - كأصحاب أبي حنيفة بل كانوا من المهتمين في المذهب، ولذلك قل خلافهم مع إمامهم، فلم يكن عملاً جماعياً اشترك فيه مع الإمام تلاميذه في حياته وبعد وفاته، وبمعكس هذا كان المذهب الحنفي فقد كان فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق كأبي يوسف ومحمد، ومن هنا كثرت اختلافهم مع الإمام حتى قيل: بحق - إن المذهب الحنفي هو جملة مذاهب تجمعت ونسبت إلى إمام واحد.

سادساً: يختلفان في طريقة النقل، فقد نقل المذهب الحنفي بطريق واحد وهو عمل التلاميذ حيث لم يدونه الإمام بنفسه. وأما المذهب المالكي فقد نقل بطريقتين.

١ - ما كتبه الإمام بنفسه في كتابه الموطأ ٢ - رواية التلاميذ عنه وم كثيرون من كل قطر.

المذهب الشافعي

في مواطن الفقهاء المختلفة ، وفي نواحي الدولة الإسلامية ، ومن ثانياً الرحلات المعيدة ، وفي ساحة المناظرات التي وقعت هنا وهناك تكون هذا المذهب وسطا بين فقه الحجازيين وفقه المراقين مدون الأصول والفروع بأسلوب عربي رصين من إملأ صاحبه الأول .

أنشأه وأسه الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي يلتقي نسبه مع رسول الله في عبد مناف ، ولد بغزة بالشام سنة ١٥٠ هـ ، ولم تكن وطن آبائه وإنما انتقل إليها أبوه فولد له هناك ، وترقي أبوه وهو صغير ، فتولت أمه تربيته فانتقلت به إلى مكة وطن آبائه الأصلي فكان ما حدث به من عن نفسه قال مرة علي رجل وأنا أروي الشعر فقال : عز على ألا يكون مع هذه الفصاحة والذكاء فقه ، فتكون قد سدت أهل زمانك ، فقلت : ومن بقي يقصد ، فقال هذا مالك سيد المسلمين يومئذ ^(١) ، فوقع في قلبي ، فاستمرت الموطأ وحفظته في تسع ليال ورحلت إليه ، وهنا يقرأ للموطأ عليه عدة مرات ، ويظهر نبوغه ويفض ذكأؤه عند شيخه فيحظى عنده بالمنزلة الرقيقة ويلازمه حتى وفاته سنة ١٧٩ هـ ، ثم يخرج إلى اليمن ليتولى وظيفة هناك ، وفي سنة ١٨٤ هـ انهم بالتشيع ومباينة أحد أئمة الزيدية ، فأخذ إلى العراق ، ولما تمت برأته أمام الرشيد وجد الفرصة مهيأة للاتصال بعلماء العراق ، فأضاف علمهم إلى ما عنده من علم الحجازيين ، ثم عاد إلى مكة ، واختلط بعلمائها ، ومن بعد إليها من علماء الأقطار الأخرى للاستفادة أو الحج ، وفي سنة ١٩٥ هـ عاد إلى العراق في خلافة الأمين . ومكث بها سنتين ، ثم رجع إلى مكة ، ومنها إلى العراق مرة أخرى سنة ١٩٨ هـ وأقام

(١) وقيل إنه بعد رجوعه من البادية وحفظه كثيراً من أشعارهم ثقة على مسلم بن خالد مقفي الحرم فهو استأذه الأول ، ثم رحل إلى المدينة وأخذ عن الإمام مالك ، وأيا ما كان فالإمام مالك هو الاستاذ الذي اثر فيه حتى خرج من عنده فقيهاً احتقل بمذهب خاص .

بها أشهر أكاتب فيها بعض علماء مصر ، حتى إذا ما سنحت له الفرصة جاء إليها
١٩٩ هـ ، وقيل سنة ٢٠٠ هـ ، ولعله جاء في أواخر سنة ١٩٩ ومكث بها حتى
توفي سنة ٢٠٤ هـ في خلافة المأمون .

ثناء العلماء عليه

قال الإمام أحمد بن حنبل — كان الشافعي كالشمس للدين ، وكالعافية للناس
فانظر هل لذين من خلف أو منها عوض ؟

ويقول : « لولا الشافعي ما عرفنا فقه الحديث » .

وقال ابن هشام النحوي صاحب السيرة : طالت مجالستنا للشافعي فما سمعت
منه لحنه قط ، ولا كلمة غيرها أحسن منها وكلامه لفة يحتج بها .

وقال عبد الرحمن بن مهدي ، « لما نظرت الرسالة للشافعي أذهلتني لأنني
رأيت كلام رجل عاقل فصيح ناصح فاني لأكثر الدعاء له » .

وقال داود الظاهري : كان الشافعي رحمه الله مراجاً لحله الآثار ، ونقله
الأخبار ومن تعلق بشيء من بيانه صار محججاً^(١) .

فقه الشافعي :

كان الشافعي في مبدأ حياته الفقهية متتلياً لمالك بن أنس إمام أهل المدينة
ياخذ عنه ، ويعمل بتماليه ، فلما سافر إلى العراق في المرة الأولى سنة ١٨٤ هـ
وجد فيها آخر يختلف عن فقه إمامه في طريقته وبعض نواحيه ، فتطلعت لفقه
إلى هذا الفقه ، فأخذ عن محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة فقه الحنفية ، ولم يكن
بعمله هذا يبغي إبدال مذهب بذهب ولا تغيير إمام بإمام ، ولكنها النفس

(١) راجع مقدمة كتاب الرسالة .

الكبيرة الراغبة في الاستزادة لا تقنع بفضل ، ولا تقف عند حد ، نفس الشافعي الذي أخذ هذا وذاك ليقارن ويفاضل ، ويمرض ما جمعه على كتاب الله وما عنده من حديث رسول الله ، ليصل من ذلك إلى خير ما في الفقهين ، ويحيي أطلبت ثمرات الطريقتين .

عاش مع هزم المقارنة قرابة عشر سنوات إلى أن قدم قدمته الثانية إلى العراق سنة ١٩٥٥ هـ . وسنحت له الفرصة ليستقل بالرأي ، ويترك تقليد ممالك حيناً وجد من العراقيين إقبالا عليه والتفافاً حوله ، وطلبوا منه أن يكتب لهم على كتب الحنفية فألف كتاب الحجة الذي رواه عنه أربعة من تلاميذه العراقيين أحمد بن حنبل ، وأبو ثور ، وإبراهيم بن خالد البجلي الكلي البغدادي المتوفى سنة ٢٤٠ هـ ، وقيل سنة ٢٤٦ هـ ، والزعفراني ، الحسن بن محمد الصباح المتوفى سنة ٢٦٠ هـ ، والكرائيسي ، أبو علي الحسين بن علي الكرايسي المتوفى سنة ٢٤٥ هـ .

فعل ذلك بعد أن اتخذ لنفسه طريقة وسطاً بين الطريقتين ، طريقة أهل الحديث الذين يقفون مع النصوص ، ولا يعملون بالرأي إلا في النادر القليل وطريقة أهل الرأي الذين يتوسعون في العمل به ، ويتشددون في قبول الأحاديث . وسجل هذه الطريقة في رسالته التي وضعها في أصول الفقه .

ومن هذا الوقت أصبح الشافعي صاحب مذهب خاص ، له أصوله المحددة ومعاله الواضحة ، يدافع عنه ويهاجم من هاجمه لا يفرق في ذلك بين حجازي وعراقي ، ومن ورائه تلاميذه يعملون به فذاع صيته في العراق وخارج العراق مما جعله يفكر في رحلة أخرى فرجع إلى الحجاز وطنه الأصلي ليودعه ثم يعود إلى العراق مرة ثالثة ليمكث بها أشهراً ، ومنها يرحل إلى مصر لتكون وطنه الأخير تأخذ علمه ، وتضم رفاته إلى اليوم ، وما أن وصلها حتى وجد بها ما جعله يفكر في إعادة النظر فيما أملاه بالعراق ، وجد أحاديث لم يسمها من قبل ،

وفقه إمامها الليث بن سعد ، وعادات وتقاليده تغاير ما رآه وشاهده بالعراق والحجاز ، وقد كانت ملكته الفقهية بلغت الغاية فبدأ اجتهداً جديداً في هذا المجتمع الجديد ، وأمل على تلاميذه مذهب الجديد الذي رجع فيه عن كثير من مسائل المذهب القديم ، ورواه عنه تلاميذه المصريون وعلى رأسهم البويطي والمزني والربيع المرادي .

ومن هنا كان للشافعي مذهبان . مذهب قديم يعبر عنه في كتب أصحابه بالقول القديم ، وآخر جديد يعبر عنه بالقول الجديد .

أصوله وطريقته في الاجتهاد :

أصول الشافعي واضحة ليست في حاجة إلى استنباط بما نقل عنه من فروع حيث صرح بها ورتبها في غير موضع من كتابه الرسالة والآم ، وهي الكتاب والسنة الثابتة ، والإجماع إن تحقق فإن لم يكن فقول الصحابي الذي لا يخالفه فإذا اختلف الصحابة عمل بما يراه اقرب إلى الكتاب أو السنة أو بما يؤيده القياس ، ولا يخرج عن أقوالهم ، ثم يعمل بالقياس على أمر نص على حكمه في الكتاب أو السنة ، أو أجمع عليه ، أو عرف عن الصحابة من غير خلاف^(١) .

يقول في كتاب الرسالة^(٢) : « ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء حل ولا حرم إلا من جهة العلم . وجهة العلم في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس . وفي كتاب الأم^(٣) والعلم طبقات الأول الكتاب والسنة إذا ثبتت ، ثم الثانية الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سنة ، والثالثة أن يقول بض أصحاب النبي

(١) راجع أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ علي الحفيف .

(٢) ص ٣٩ وقريب منه في ص ٥٨

(٣) ج ٧

صلى الله عليه وسلم ولا نعلم له مخالفاً منهم ، والرابعة اختلاف الأصحاب في ذلك ، والخامسة القياس على بعض الطبقات ، ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان وإنما يؤخذ العلم من علي .

تلك هي أصول الشافعي : الكتاب والسنة الثابتة والإجماع ، وقول الصحابة والقياس وإن كان لم يعمل العرف وعمل بالاستصحاب ، وظاهر من هذا الترتيب أن قول الصحابي عنده مقدم على القياس مطلقاً ؛ وقد نقل بعض الأصوليين تفصيلاً في المسألة (١) .

فهو يوافق أصحاب المذهبين السابقين في الأخذ بها - في الجملة - ويخالفهم في أمور :

الأول : إنه لم يعمل من أصوله الاستحسان ، ولا المصالح المرسلة ، ولا عمل أهل المدينة ، أما عمل أهل المدينة فلا يرى فيه حجة أصلاً ، لا في العمل به ، ولا في ترك السنة التي تخالفه ، وأما المصالح المرسلة ، فقد استغنى عنها بما سماه المناسبة . وهي طريق من طرق إثبات العلة في القياس ، وأما الاستحسان فقد أنكره وبالنسبة في رده ، ولكن عند التحقيق نجد الاستحسان الذي أنكره ليس هو الاستحسان الذي يقول به أبو حنيفة ومالك ، وإنما هو الحكم بالهوى من غير دليل .

الثاني : أنه يأخذ بظاهر الكتاب والسنة لا يعدل عن هذا الظاهر إلا إذا دل الدليل على أن المراد بالنص غيره .

الثالث : أنه يعمل بالسنة متى ثبتت ، ولا يشترط في الحديث الشهرة ولا

(١) يقول السرخسي من الحنفية في أصوله ج ٢ ص ١١٦ . والشافعي قولان فيما إذا تعارض قول الصحابي مع القياس ، ففي التقدم يقدم قول الصحابي ، وهو قول مالك ، وفي الجديد يقدم القياس في العمل على قول الواحد والاثنين من الصحابة .

عدم المخالفة لعمل أهل المدينة ، كما شرط غيره ، فالحديث متى صح عمل به ، إن كان من أخبار الأحاد ما دام راويه ثقة ضابطاً ، ولا يطلق العمل بالمرسل كما فعل أبو حنيفة ومالك ، بل يفيد بشرط أن يؤيده دليل آخر . كان يكون راويه لا يرسل إلا عن ثقة ، ولذلك قبل مراسيل سميد بن المسيب كلها لتوفر هذا الشرط فيها . وفي هذا يقول في الأم : ليس المتقطع بشيء منا عدا منقطع ابن المسيب .

الرابع : إنه لا يعترف إلا بالإجماع العام ، فلا عبرة عنده بإجماع بلد معين مهما كانت منزلة هذا البلد ، ثم إنه لا يحزم بتحقيق الإجماع ، فلا يقول أجمع الناس على كذا إلا لما ثبت في الدين بالضرورة ، أما غيره فيقول فيه : لا أعلم في ذلك خلافاً^(١) أو ما شايها .

آثاره العلمية :

ترك الشافعي وراءه مذهباً مدون الأصول والفروع . قام بتدوينه بنفسه . أما مذهبه القديم فقد ألف فيه كتاب المجعة كما سبق بيانه ، ولكن هذا الكتاب لم يصل إلينا كما ألفه ، لرجوعه عن كثير من مسائله ، وأما الجديد فقد أملاه على تلاميذه المصريين الذين نقاوه عنه في صكتاب الأم ، وكان من رواته للبويطي ، والربيع المرادي ، ورواية الأخير هي التي وصلتنا ، وعليها تعليقات لرواها ، مما جعل بعض الباحثين يشك في نسبة الكتاب للشافعي ، وهذا الشك لا محل له ، لأن الكتاب من تأليف الشافعي ، أملاه على تلاميذه من حفظه كما يدل على ذلك كثير من عباراته ، ولغة الكتاب نفسها هي لغة الشافعي العربية الفصيحة كلفته في كتابه الرسالة ، التي لم يشك أحد في نسبتها إليه .

والكتاب مطبوع بمصر في سبعة أجزاء ، فيه فقه كثير غير ما حواه من

(١) راجع الرسالة في ص ٥٣٤ وفي مواضع أخرى .

كتب أصول الفقه والحديث ، ككتاب أحكام القرآن وإبطال الاستحسان
وكتاب جماع العلم ، وكتاب القياس وغيرها .

أما الأصول فقد ألف كتابه الرسالة المشهورة أول مؤلف في أصول الفقه .
كتبها لما طلب منه عبد الرحمن بن مهدي ^(١) أن يضع له كتاباً فيه معاني القرآن
ويجمع قبول الأخبار فيه ، وحجية الإجماع ، وبيان الناسخ والمنسوخ من القرآن
والسنة فوضع له هذا الكتاب . وأرسله مع الحارس بن مريج الخوارزمي ،
ومن هنا سمي الكتاب بالرسالة ، وحامله بالنقال .

وهذه الرسالة كتبها وهو في مكة ، وقيل ببغداد ، وتعرف بالرسالة القديمة
ولما جاء إلى مصر أملاها مرة أخرى على الربيع بعد إملاء أكثر كتبه التي في
الأم ، وتعرف بالرسالة الجديدة وهي التي وصلتنا وطبعت عدة مرات في مصر .
أما الأولى فلم يبق منها شيء ، وهذا يكون أهم آثار الشافعي العلمية هي كتاب
الرسالة ، وما جاء في كتاب الأم من كتب .

ومن هنا يكون مذهب الشافعي نقل بطريقتين . بما كتبه بنفسه أو أملاه على
تلاميذه وبرواية التلاميذ عنه فيما كتبوه من كتب .

تلاميذ الشافعي : كان الشافعي تلاميذ في العراق تلقوا عنه مذهبه القديم
وآخرون بمصر تلقوا عنه المذهب الجديد ، وهم كثيرون ، نخرج ثلاثة منهم :

١ - المزني : وهو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني ولد سنة ١٧٥ هـ
وتوفي سنة ٢٦٤ هـ ويعتبر أمهر أصحاب الشافعي لأنه لازمه من حين حضوره
إلى مصر إلى أن توفي ، بل والشافعية يعتبرونه مجتهداً مطلقاً حيث إنه خالف

(١) هو إمام من أئمة الحديث ولد سنة ١٣٥ هـ وتوفي في سنة ١٩٨ هـ . وقال فيه الشافعي :
لا أعرف له نظيراً في الدنيا .

إمامه في بعض آرائه ، وألف في المذهب كتباً كانت سبباً في نشر المذهب وحفظه منها مختصره المطبوع على هامش كتاب الأم .

٣ - الربيع المرادي : ولد سنة ١٧٤ هـ وقد كان مؤدباً بالجامع المتبق الذي بناه عمرو بن العاص بالفسطاط ، فلما حضر الشافعي إلى مصر تولى خدمته وأخذ العلم عنه ، قال الشافعي فيه : ما خدمني أحد ما خدمني الربيع ولو أمكنني أن أطعمه العلم لأطعمته ، وهو راوي كتاب الأم عن الشافعي . سمعه منه وكتب نسخة في حياة شيخه ، ولما توفي قرأها على الناس وزاد فيها بعض الشيء مما يعارض به شيخه أو يخالفه فيه ، وهذه الزيادة لا تخرج الكتاب عن كونه كتاب الشافعي وإنما تعتبر كالتعليق عليه ، كما روى الرسالة وغيرها من كتب الشافعي ، وتوفي رحمه الله سنة ٢٧٠ هـ .

٣ - البويطي : هو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي من قرية في صعيد مصر تسمى « بريت » بمحافظة بني سويف أخذ العلم عن الشافعي حتى أصبح خليفته من بعده في حلقة درسه ، وقد سئل الشافعي حين حضرته الوفاة عن يخلفه في مجلسه فقال : ليس أحد أحق بمجلسي من أبي يعقوب ، وليس أحد من أصحابي أعلم منه ، ثم إنّه وشى به إلى الخليفة الواصل بالله أيام المهنة بالقول بخلق القرآن فأمر بإحضاره إلى بغداد مقيداً ، وطلب منه القول بخلق القرآن فأبى فأمر به فحبس ببغداد إلى أن توفي سنة ٢٣١ هـ ، وما يروى عنه أنه كان يوم الجمعة في سجنه يقتل ويفسل ثيابه . فإذا سمع الأذان مشى إلى باب السجن فيقول له السجنان : إلى أين ؟ فيقول : أجيب داعي الله ، فيقول له : إرجع يرحلك الله ، فيقول : اللهم إني أجبت داعيك فغنموني .

ومذهب الشافعي موجود الآن بالوجه البحري من الجمهورية العربية المتحدة وفي فلسطين وعدن وحضرموت ، وموجود بقلة في العراق والباكستان والمملكة السعودية ، وهو المذهب الغالب أو الرسمي في أندونيسيا .

المذهب الحنبلي

صاحب هذا المذهب ومؤسسه هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ونشأ بها . مات والده وهو صغير فتعهدته أمه ووجهته إلى دراسة العلوم الدينية ، فحفظ القرآن وتعلم اللغة ، ولما بلغ الخامسة عشرة بدأ دراسة الحديث وحفظه ، وفي العشرين من عمره وحل في طلب العلم ، فرحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن ، ثم رجع إلى بغداد ودرس على الشافعي من سنة ١٩٥ إلى ١٩٧ هـ ، وكان من أكبر تلاميذه البغداديين . ثم أصبح مجتهداً مستقلاً وقد برز على أقرانه بحفظ السنة والذود عنها وجمع شتاتها ، وكتابه المسند يحوي نيفاً وأربعين ألف حديث .

: وقال شيخه الشافعي : خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلاً أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل ، وأثنى عليه غيره من العلماء ثناء عظيماً .

فقيه : يذهب بمض المؤرخين للفقهاء ، ومن كتبوا في اختلافهم إلى أن ابن حنبل ليس فقيهاً ولكنه محدث ، فابن قتيبة في كتاب المعارف لم يذكره ضمن الفقهاء ، ويذكره المقدسي في أحسن التقاسيم في أصحاب الحديث ، وابن جرير الطبري لم يذكر مذهبه في اختلاف الفقهاء ، ويقول عنه إنه رجل حديث لا رجل فقه .

ولعل هؤلاء نظروا إلى أنه لم يترك لنا كتاب فقه كما فعل غيره من الفقهاء الذين سبقوه ، بينما ترك لنا مسنده الجامع لآلاف الأحاديث والآثار .

والحق أنه فقيه صاحب مذهب غلبت عليه نزعة التحدث بدليل أن تلاميذه من بعده جمعوا مسائله في الفقه وفتاويه ودونوها في مجامع كبيرة مما جعلت له مذهباً مستقلاً يسير مع المذاهب الأخرى لا يقل عنها في شيء .

فهو وإن لم يدون مذهبه بنفسه فقد دونه تلاميذه وتقلوه ، وتركه تدينه
يرجع إلى أنه كان يكره تصنيف الكتب في غير الحديث خشية اشتغال الناس
بالفقه عن الحديث كما يقول ابن القيم في إعلام الموقعين ^(١)

ومن ينظر في الفقه الحنبلي يجد في أبواب المعاملات أسير من غيره حيث
يسير مع النصوص والآثار متى وجدت ، فإذا لم يكن أو كانت الإباحة فالقاعدة
فيه . أن الأشياء مباحة في أصلها ما لم يقم دليل الحظر .

مبحثه : في سنة ٢١٨ هـ في آخر سنة من خلافة المأمون العباسي أثبتت
مسألة القول بخلق القرآن وهي . هل القرآن مخلوق أو قديم . مسألة أثارها
المعتزلة قبل ذلك ، وكانت عقيدتهم فيها أنه مخلوق وليس قديماً ، وقد اقتنع المأمون
بعقيدتهم فأراد أن يحمل الناس عليها ففتح فيها باب المناظرة في سنة ٢١٢ هـ .
وجعل عقاب من لم يعترف بها من الفقهاء والعلماء حرمانه من وظائف الدولة
أولاً ، ثم انتقل الأمر إلى العقاب بالضرب والتعذيب والسجن في سنة ٢١٨ هـ
وقد كان ذلك بتعريض وزير المأمون المعتزلي أحمد بن دؤاد ومن كان معه من
المعتزلة في حاشية المأمون .

وفي هذه السنة امتحن أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء بهذه المسألة
فاعترف بها من اعترف ووقف ابن حنبل فيها موقفاً لا يلين ، فسيق مكبلاً بالحنديد
إلى حيث يقيم المأمون خارج بغداد في طرسوس لما خرج غازياً ، غير أن
الخليفة مات قبل أن يصل إليه المقيّد بالحنديد ، وتولى بعده أخوه المعتصم .
فسار على طريقة المأمون في المسألة برؤية منه . فبجس ابن حنبل ، وأمر به

(١) ج ١ ص ٢٢ د في كشف الغمة للإمام الشعراني ج ١ ص ٨ أنه قبل له مرة لم لا
تصح لأصحابك كتابا في الفقه فقال : أو لأحد كلام مع كتاب الله وسنة محمد صلى الله عليه وسلم ؟

فضرب بالسياط المرة بعد المرة حتى كان يرمى عليه في كل مرة فلا يحس شيئاً واستمر في سجنه وتمذيبه قرابة ثمانية وعشرين شهراً ، ولما لم يغير ذلك من عقيدته ، ولم يضعف من عزيمته أطلقوا سراحه ؛ فعاد إلى بيته مكث به حتى التأمت جراحه ، ثم عاد للتدريس إلى أن تولى الواثق فأعاد الحنة ومنعه من مخالطة الناس فاختفى والقطع عن التدريس أكثر من خمس سنوات إلى أن تولى المتوكل ، وأبطل هذه البدعة سنة ٢٣٣ هـ ، وترك للناس حرية اعتقادهم ، فاسترد ابن حنبل حريته وبلغ في عصره مركزاً عظيماً وبقي على ذلك حتى توفي سنة ٢٤١ هـ .

أصول مذهبه : بني الإمام أحمد مذهبه على أصول خمسة .

الأول : الكتاب والسنة المرفوعة لا يقدم على ذلك شيئاً فمتى وجد النص عمل به لا يجيد عنه إلى غيره حتى ولو كان إجماعاً .

الثاني : فتاوى الصحابة التي لا يعلم فيها خلافاً إذا لم يجد نصاً في المسألة دون أن يستبرئ ذلك إجماعاً .

الثالث : فتاوى الصحابة المختلف فيها فقد كان يختار منها أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله ومما كان يخرج عنها ، فإذا لم يقين له ذلك الأقرب حكمي الخلاف ولم يحزم بترجيح أو يختار ما روى عن الخلفاء الراشدين .

الرابع : إذا لم يجد شيئاً مما سبق أخذ بالحديث المرسل أو الضعيف ما دام رواية غير معروف بالكذب أو الفسق . ولم يوجد ما يدفعه من دليل آخر .

الخامس : القياس وهو آخر المراتب لأنه وضعه موضع الضرورة وكان يقول في الحديث الضعيف : ضعيف الحديث أحب إلى من رأى الرجال (١) ، ومراده

(١) كشف الغطاء ج ٢ ص ٨ .

بالضعيف الذي لحقه الضعف من جهة الضبط لا ما كان في رواته كذاب أو فاسق .

ويلاحظ أنه اعترف بحجية الإجماع متى وجد ، ولكنه كان يستبعد وجوده حتى نقل عنه أنه قال : من ادعى الإجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا وكان يعبر عنه بقوله لا أعلم في ذلك خلافاً .

كما ثبت عنه العمل بالاستصحاب كالشافعي لاستناده إلى دليل صحيح ، بل إن الحنابلة بعده توسعوا فيه حتى فاقوا غيرهم .

وعمل بالمصالح المرسلة في المواضع التي لا يحيد فيها نصاً ولا أثراً ولا قياساً متبعاً في ذلك سلف الأمة الصالح ومن جاء بعدهم^(١) .

تدوين مذهبه : قدمنا أن الإمام أحمد لم يدون فقهه كجراة اشتغال الناس به عن الحديث بل كان ينهي أصحابه عن التدوين ، لأن فتاويه في نظره مجرد آراء قد يتبدل فيها فهمه واجتهاده ، وقد توفي ولم يترك وراءه فقهاً مدوناً . فقام تلاميذه من بعده بتدوين ما سمعوه من فتاوى ، بل قبل إن فقهياً من الطبقة الثانية في مذهبه هو الذي نقله عن الطبقة الأولى ودونه في كتابه الجامع ويقع في عشرين سقراً ، ذلك الفقيه هو أبو بكر أحمد بن الحلال المتوفي سنة ٣٩١ هـ^(٢) .

تلاميذه : للإمام أحمد - كغيره - كثير من التلاميذ . منهم ولداه صالح المتوفي سنة ٢٦٦ هـ ، وعبد الله المتوفي سنة ٢٩٠ هـ ، وأبو بكر أحمد بن محمد بن

(١) رابع أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ علي الحنيف .

(٢) رابع إعلام الموقعين ج ١ ، وكتاب حنبلي للاستاذ أبي ذرعة ص ١٨٢ وأسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ الحنيف .

هانئ البغدادي المتوفي سنة ٢٧٣ هـ ، وأحمد بن محمد بن الحجاج المروزي المتوفي سنة ٢٧٥ هـ ، وعبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني المتوفي سنة ٢٧٤ هـ .

ومما يلاحظ أن هؤلاء التلاميذ لم يحاولوا تدوين المذهب الذي تركه صاحبه من غير تدوين ، وإنما قام بذلك من جاء بعدهم كأبي بكر الحلال المتقدم ذكره . وأبي القاسم بن أبي علي الحسين الحرقي البغدادي المتوفي سنة ٣٢٤ هـ .

ثم توالت الأيام حتى جاء الإمامان أحمد تقي الدين بن تيمية المتوفي سنة ٧٢٨ هـ . وتلميذه ابن قيم الجوزية المتوفي سنة ٨٥١ هـ ، فقاما بمحركة تجديد في المذهب . بل في الشريعة عامة مما لفت نظر الناس إلى هذا المذهب ، والبحث عنه .

وفي القرن الثاني عشر الهجري قام محمد بن عبد الوهاب ^(١) بمحركته التجديدية متبعاً طريقة ابن تيمية في عقيدته وفقهه الحنبلي ، فقام التجديديون من بعده بنشر تعاليم هذا المذهب حتى غدا في عهد آل سعود المذهب الرسمي للدولة السعودية والغالب على أهل السنة بالأحساء مع مذهب مالك ، وموجود مع المذهب الشافعي فيما بقي من فلسطين .

تلك هي المذاهب الأربعة المشهورة التي قدر لها البقاء إلى اليوم من مذاهب فقهاء أهل السنة ، وهناك مذاهب أخرى منها لم يكتب لها البقاء ، أما لعدم تدوين أصحابها لها ، أو لعدم وجود تلاميذ يقومون عليها ، أو لأسباب أخرى سياسية أو غير سياسية . وإليك التمرير ببعض هذه المذاهب .

(١) هو من علماء القرن الثاني عشر الهجري ولد في بلدة العيينة من إقليم نجد سنة ١١١٥ هـ وتوفي سنة ١٢٠٦ هـ وكان يدعو إلى الرجوع إلى طريقة السلف الصالح وترك التقليد .

١ - مذهب الليث بن سعد المصري الذي ولد سنة ٩٤ هـ . بقرية قلقيشندة من قرى محافظة القليوبية وتوفي سنة ١٧٥ هـ ، وكان الليث فقيهاً جليلاً لا يقل في فقهه عن الأئمة الأربعة ^(١) ، وله مذهب خاص لم يصمد للبقاء أمام مذهب مالك ، ومذهب الشافعي اللذين تقاسما مصر بعد وفاته لأسباب منها :

١ - عدم تدوينه له كما فعل غيره .

٢ - قلة أتباعه الذين خلفوه على رعاية المذهب .

٣ - حسد أقرانه له حيث كان مسموح للكلمة عند الخلفاء والأمراء فعملوا على تشجيع المذاهب الأخرى ، وصرف الناس عن مذهبه ، ولقد قال الإمام الشافعي فيه : « الليث أفقه من مالك إلا أنه ضيعه أصحابه » ، ولقد كان باراً بأصحابه وذوي الحاجات ينفق عليهم كل دخله الذي يبلغ خمسة آلاف دينار ، عرضت عليه الولاية على مصر من قبل المتصور العباسي فأبى .

٢ - مذهب الأوزاعي : وصاحبه أبو عمرو عبد الرحمن بن الأوزاعي نسبة إلى الأوزاع بطن من اليمن ولد ببعلبك سنة ٨٨ هـ ، وقضى معظم حياته في بيروت إلى أن توفي سنة ١٥٧ هـ ، ودفن فيها في مكان يعرف اليوم باسم محلة الأوزاعي ، وقبل توفي سنة ١٥٩ هـ ، وكانت له رحلات لرواية الحديث والفقه عن كبار الفقهاء في عصره ، وكان من مدرسة أهل الحديث ، بقي مذهبه على النصوص ، فالعمدة عنده كتاب الله ، ثم سنة رسول الله ما كان يقدم على الحديث شيئاً بعد صحته ، حتى لبروي النهي في تذكره الحفاظ ^(٢) أنه كان يقول : « إذا بلغك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث فأياك أن تقول بغيره فإنه كان مبلغاً عن الله » .

(١) ومراسلاته مع الإمام مالك تدل على مبلغ فقه وقوة إدراكه وذكائه .

(٢) ج ١ صفحة ١٧٠ .

انتشر مذهبه فترة من الزمان في بلاد الشام والأندلس ، ثم توافى أمام مزاحمة مذهب الشافعي في الشام ^(١) ، ومذهب مالك بالأندلس في القرن الثالث .

٣- المذهب الظاهري : ومؤسسة أبو سليمان داود بن علي الأصبهاني ولد ولد سنة ٢٠٠ وتوفى سنة ٢٧٠ هـ .

قلد الشافعي مدة ، وتعصب له ، ثم ترك تقليده واستقل بمذهب خاص بناه على ظواهر النصوص من القرآن والسنة . ويترك كل أنواع الرأي من قياس واستحسان وغيرهما ، فالأصول عنده للكتاب والسنة والإجماع ، ويقصره على إجماع الصحابة ، لكنه لما اضطر إلى غير النصوص عمل بالرأي ، وسماه دليلاً أو استدلالاً .

من علماء هذا المذهب أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، جاهد في نشر هذا المذهب والدفاع عنه ، وألف كتاب المحلى في الفقه ، وكتاب الأحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه ، وقد اشتهر ابن حزم بأسلوبه الشديد في مناقشة أئمة المذاهب الأخرى حتى ملئت كتبه بالعبارات القاسية .

وهذا المذهب قدر له البقاء فترة من الزمن ثم أخذ يضعف شيئاً فشيئاً حتى انتهى في القرن الثامن تقريباً .

٤- مذهب سفيان الثوري : ولد صاحبه سنة ٩٧ هـ بالكوفة ، وتوفى بالبصرة سنة ١٦١ هـ . كان فقيهاً جليلاً من مدرسة الحديث ورعاً لا يهرب في الحق أحداً ، وكانت له مواقف مشهورة مع الخلفاء ، أرادته المتصور ليتولى القضاء ، فكتب له كتاباً يتولى به قضاء الكوفة على ألا يمازى عليه في حكم ،

(١) ويرى أنه بقي منتشرًا بالشام حتى ولي قضاء دمشق أبو زرعة محمد بن عثمان مسن اتباع الشافعي الذي أدخل مذهب الشافعي وعمل على نشره « وكانت يجب أن يحفظ مختصر المزني مائة دينار ، وكانت الدعوة للمذهب الشافعي بالشام حتى انقرض اتباع الأوزاعي في القرن الرابع .

فأخذ الكتاب وخرج ثم رمى به في نهر دجلة وهرب ، فبحثوا عنه في كل بلد فلم يجدوه ، وبقي مختفياً حتى توفى رضى الله عنه ، ودفن عشاء وكان قد أوصى إلى حماد بن سيف في كتبه فمحاها وأحرقها .

موقف الائمة من التقليد

قدمنا أن تدوين المذاهب الفقهية كان سبباً من أسباب التقليد ، وأن الفقهاء تركوا الاجتهاد ، واشتغلوا بهذه المذهب منتصرين لها داعين الناس إلى العمل بها ، ونريد أن ننبه هنا إلى أن الأئمة لا دخل لهم في هذا المسلك ، فهم لم يلزموا الناس بتقليدهم بل نهوا عن ذلك ، وشددوا التكرير على من يعمل بآرائهم من غير أن يقف على ما استندوا إليه من أدلة .
واليك بعض ما روي عنهم في ذلك :

جاء في كتاب حجة الله البالغة ^(١) للعلوي روي عن أبي حنيفة رضى الله عنه انه كان يقول : « لا ينبغي لمن لم يعرف دليلي أن يفتي بكلامي » ^(٢)

وكان إذا أفتى يقول : هذا رأى النعمان بن ثابت « يعني نفسه » وهو أحسن ما قدروا عليه ، فمن جاء بأحسن منه فهو أولى بالصواب .

كأثبت عن الإمام مالك أنه قال : ما من أحد إلا وهو مأخوذ من كلامه ومرهود عليه إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى الحاكم والبيهقي عن الشافعي رضى الله عنه أنه كان يقول : « إذا صح

(١) ج ١ ص ٥٧ (٢) وتتل الفتاوى في فصول البدائع ج ٢ ص ٣٢ عن عيون الفتاوى مثل ذلك عن أصحاب أبي حنيفة وعبارته « قال حنبل بن يوسف رحمه الله كنت في مأتم قد اجتمع فيه أربعة من أصحاب أبي حنيفة زفر وأبو يوسف وعائفة وقاسم بن من فاجعوا على أنه لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا » ١ هـ

الحديث فهو مذهبي ، وفي رواية ، إذا رأيتم كلامي يخالف الحديث فاعملوا بالحديث ، واضربوا بكلامي الخاطئ ، وقال : مهما قلت من قول أو أصلت من أصل فبلغ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ما قلت ، فالتقول ما قاله صلى الله عليه وسلم .

وقال يوماً لتلميذه المزني : يا إبراهيم لا تقلدي في كل ما أقول وانظر في ذلك لنفسك فإنه دين .

وروى عنه قال : ليس في الناس إلا من يقبل من قوله أو يرد عدا رسول الله فإنه لا يرد له قول .

ومن هنا قال المزني في أول مختصره الذي أخذه من فقه الشافعي . اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله ، ومن معنى قوله لينظر فيه لدينه ، ويحيط به لنفسه (١) .

ونقل عنه أنه قال : مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيها أقمى تلذغه وهو لا يدري (٢) .

وقال الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه لرجل لا تقلدني ولا تقلد مالكا ولا الأوزاعي ولا الثوري ولا غيرهم ، وخذ الأحكام من حيث أخذوا من الكتاب والسنة ، لا ينبغي لأحد أن يفتي إلا من يعرف أقاويل العلماء في الفتاوى الشرعية ويعرف مذاهبهم ، وقال : من قلده فقه الرجل أن يقلد دينه الرجل (٣) .

(١) حاشي ٢٤ من الرسالة ، والمختصر مطبوع طبعات كتاب الأم . والمبارة في ج ١ ص ٢٠٠ ويقول الشافعي في رسالته ص ٤٧ : « وبالقليل أغفل من أغفل عنهم والله يفر لنا ولهم » .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٠١ (٣) للرجوع السابق ٣٠٢ .

هذه بعض مقالات أصحاب المذاهب في النهي عن التقليد ، ومن يبحث في كتبهم يجد الكثير من ذلك .

ومن هنا ندرك أن تقليد الأتباع لهم في كل ما نقل عنهم ، والزامهم ذلك مذهباً لا يحمدون عنه عمل جانبه الصواب إلى حد كبير ، ولو كانوا اتبعوا أقوالهم في النهي عن تقليدكم لما وقفوا بالفقهاء عن مسابقة الزمن ، ولكنهم أساءوا الله تقدم وتأخر ، وارتفاع وانخفاض ، واجتهاد وتقليد ، حتى يتحقق لهذه الأمة التجديد في دينها على مر الأيام كما أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة عام من يجدد لها دينها » .

ولا يفوتنا أن نذكر كلمة عن :

أسباب اختلاف الأئمة :

عرفنا من عرض طريقة الأئمة في استنباط الأحكام أنهم متفقون على أن المرجع في ذلك هو كتاب الله أولاً ، لا يقدم عليه غيره ، ثم من بعده السنة متى وجدت صحيحة ، ثم الإجماع متى تحقق ، وأخيراً الرأي على اختلاف في أنواعه وإذا كانوا متفقين على هذه الأصول فاختلافهم إذا رجع إلى أمور أخرى وراء هذا .

ونستطيع أن نلخص أسباب اختلافهم فيما يأتي :

أولاً : اختلاف معاني الألفاظ ، سواء كانت من القرآن ، أو السنة ، واختلاف المعاني جاء من اشتراك الألفاظ ، وترددها بين الحقيقة والجهاز ، واختلاف العرف في معنى اللفظ .

ثانياً : اختلاف رواية الأحاديث ، فقد يصل الحديث إلى أحدهم ، ولا يصل

إلى الآخر ، وقد يصل إلى هذا من طريق غير صحيح فيتركه ، وقد يصل إليها من طريق واحد ، ولكن أحدهما يشترط في قبول الحديث شروطاً لم يشرطها الآخر فيعمل به أحدهما ، ويتركه الآخر .

ثالثاً : التماثل والترجيح بين ظواهر النصوص ، فقد اختلفوا في هذه القاعدة حتى كان لكل واحد مسلك يغير الآخر .

رابعاً : اختلافهم في الأخذ بالقياس ، فمنهم من ضيق دائرته بكثرة ما شرطه من شروط في الأخذ به ، ومنهم من وسع دائرته ، والاختلاف في هذا الأصل هو أبرز نواحي الاختلاف كما يبدو للناظر في كتب الأصول .

خامساً : اختلافهم في بعض الأدلة ، والاعتقاد عليها ، كالاستعسان والاستصلاح والاستصحاب ، وقول الصحابي ، الذي جعله بعض الأئمة من الأدلة فيأخذ بقولهم ، ولا يخالفهم ، بينما يرى بعضهم أنها آراء اجتهدية لفقهاء غير معصومين ، فلا عليه سرج في مخالفتها في بعض المواضع .

سادساً : اختلافهم في بعض المبادئ القوية التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من النصوص ، كاختلافهم في دلالة العالم إذا لم يخصص ، هل هي قطعية كإذهب أبو حنيفة ، أو ظنية كما يرى الشافعي ، واختلافهم في مفهوم المخالفة ، وهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكمه في المسكوت عنه ، واختلافهم في حل المطلق على المقيد ، هل يشترط له اتحاد الحكم والسبب والحادثة أو لا ، وكالأمر المطلق هل يحمل على الوجوب أو الندب ، والنهي يحمل على التحريم أو الكراهية ، والاستثناء بعد الجمل هل يرجع إلى الكل ، أو يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط ؟ وغير ذلك من المبادئ ، المذكورة في علم أصول الفقه

تلك هي جملة الأسباب ^(١) التي أدت إلى اختلاف الأئمة ، ومنها يعلم أن اختلافهم لم يكن ناشئاً عن هوى في نفوسهم ، وليس الاختلاف في ذاته معيباً ، فقد اختلف أصحاب رسول الله في اجتهاداتهم مع قريهم من زمن النبوة ، وتلقيهم الهدي عن صاحب الرسالة الذي قال : « اختلاف أمي رحمة » .

لكن بعض ذوي النفوس المريضة جعلوا هذا الأمر الجليل ثغرة ينفنون منها إلى الطعن في هؤلاء الأئمة الأعلام ، أو الميب في شريعة الله ، فزعموا أن اختلاف الأئمة في الاجتهاد يؤول إلى تناقض الشريعة قائلين : إننا كثيراً ما نجدهم يختلفون في حكم الشيء الواحد ، فهذا يحكم عليه بالحل ، وذلك يحكم عليه بالتحريم ، ومعنى هذا أن الشريعة تحرم الشيء وتحله في آن واحد ، وهذا يتنافى مع نصوص الشريعة القطعية الناطقة بأنه لا اختلاف فيها .

وقبل الجواب على هذا الزعم الفاسد ننبه إلى أن الناس كثيراً ما خلطوا بين الشريعة والفقه ، وظنوا خطأ أن ما نقل عن الأئمة المجتهدين من اجتهادات هو نفس الشريعة ، وتبع هذا الخطأ أنهم طعنوا مرة بالجمود ، وأخرى بالتناقض والشريعة - بحمد الله - لا جود فيها ولا تناقض ، لأن الشريعة كما قلنا من قبل هي مجموعة الأحكام التي أنزلها الله على رسوله ، والتي أخبر القرآن بأنها كملت يوم حج الرسول حجة الوداع في قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت

(١) نقل الشافعي في موافقاته ج ٤ ص ٢١١ عن ابن السيد الذي كتب كتاباً في أسباب اختلاف الأئمة أنه أرجع ذلك الاختلاف إلى ثمانية أسباب هي :

- ١ - الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتشالها للتأويلات .
- ٢ - دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .
- ٣ - دوران الدليل بين الاستدلال بالحكم وعدمه .
- ٤ - دورانه بين العموم والخصوص .
- ٥ - اختلاف الرواية .
- ٦ - جهات الاجتهاد والقياس .
- ٧ - دعوى الفسخ وعدمه .
- ٨ - ورود الأدلة على وجوه تحتمل الإلحاح وغيرها .

عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ، ، والذي تم إزاله حينئذ مجموعة القواعد التي جاءت على هيئة نصوص عامة في كتاب الله وسنة رسوله ، لأن التشريع الإسلامي لم يأت مجلول جزئية لحوادث فردية . بل أتى بالقواعد الكلية التي تصلح للتطبيق في كل حين .

وأما الفقه الإسلامي ، فهو مجموعات الأحكام العملية المشروعة في الإسلام سواء أكانت شرعيتها من النص الصريح من القرآن والسنة أم من الاجماع أم من استنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

فأغلب ما يسمى بالفقه الإسلامي جاء وليد اجتهاد المجتهدين ، وتطبيقهم لنصوص الشريعة ، وقواعدها مراعين في ذلك اختلاف البيئات والأعراف .

ومن هنا أتى الاختلاف في الفقه الإسلامي ، وهذا الاختلاف لا يؤدي إلى الاختلاف في الشريعة والتناقض فيها ، لأن القواعد لا تتناقض ^(١) .

إذا عرفنا الفرق بين الشريعة والفقه ، وأرت الاختلاف في الفقه جاء نتيجة الاختلاف في الفهم والتطبيق ، فهل يكون هذا الاختلاف عيباً يرمى به الفقه والفقهاء ؟!

لنا في الجواب عن هذا التساؤل مسلكان :

أحدهما : بما ورد عن رسول الله ، وما أثر عن فقهاء المسلمين ، وهذا لا يقنع إلا من آمن بهذه الشريعة ، وبما جاء بعدها من فقه الفقهاء .

وثانيهما : من طبيعة القوانين وتطبيقها . لا فرق بين السجاية منها والوضعية ،

(١) يرى الامام الشاطبي - والحق معه - ان الشارع لم يرد في الفروع إلا قولاً واحداً ، ولم يقصد وضع حكيم متخالفين في موضوع ، واختلاف المجتهدين المشروع لا ينافي لأن اختلافهم جاء في طلب الحكم الذي أراده الشارع ، راجع ج ٤ ص ١١٨ وما بعدها .

وهذا نسوقه أولاً لمن لم يصدق بشريعتنا ، وثانياً لمن آمن بها ليكون سنداً مؤيداً
للجواب الأول .

المسلك الأول : روي عن رسول الله أنه قال : « اختلاف أمتي رحمة »
والمراد بالاختلاف هنا الاختلاف في الاجتهاد لا كل خلاف ، لأنه مذموم ، يؤيد
ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر : « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم
اهتديتم » (١) ، وما دام الرسول شرع لأصحابه الاجتهاد ، وبين لهم طريقه .
والاجتهاد بطبيعته يسلم إلى الاختلاف ، فلا يكون الاختلاف بين المجتهدين
معيباً .

وروي عن الأئمة في هذا المعنى مقولات كثيرة . منها ما جاء في كتاب
الاعتصام (٢) للإمام الشاطبي قال :

روي عن الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز أنه قال : « ما أحب أن أصحاب
محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ، لأنه لو كان قولاً واحداً لكان الناس في
ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة » .

ومنها ما روي عن القاسم بن محمد كما جاء في موافقات (٣) الشاطبي أنه قال :
« لقد تفرع الله باختلاف أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في أعمالهم لا يعمل
العامل بعمل رجل منهم إلا رأى أنه في سعة . ورأى أن خيراً منه قد عمله » .

(١) جاء في رد المحتار لابن عابدين ج ١ ص ٥٠ : إن هذا الحديث مشهور في السنة الناس
ثم قال : رواه البيهقي بسند منقطع عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ : قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم : « ما أوليت من كتاب فالعمل به لا عذر لأحد في تركه » فإن لم يكن في كتاب
الله فستفي ماضية ، فإن لم تكن سنتي فيما قاله أصحابي ، إن أصحابي ينزلون النجوم في السماء فأيا
أخذتم به اهتديتم . واختلاف أصحابي لكم رحمة ، ثم نقل عن جماعة من العلماء أنهم روه بالفاظ
أخرى . فليراجع .

(٢) ج ٣ ص ١١ . (٣) ج ٤ ص ٣١ .

ومنها ما روي عن الإمام مالك . كما جاء في كتاب حجة الله البالغة للدهلوي ^(١) في بحث سبب اختلاف مذاهب الفقهاء نقلاً عن السيوطي : « لما حج المنصور قال للمالك : عزمت أن أمر بكتبك هذه التي صنفتها فتنسخ ، ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة ، وأمرهم بأن يعملوا بمساعيها ، ولا يتمدوه إلى غيره ، فقال : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبق إليهم أقاويل ، وسمعوا الحديث ، ورووا روايات ، فأخذ كل قوم بما سبق إليهم من اختلاف الناس ، فدع الناس ، وما اختار كل بلد منهم لأنفسهم .

وقيل إن الذي فعل ذلك هو هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكا في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، ولعل هذا الأمر تكرر مرتين مرة من المنصور والثانية من هارون الرشيد .

المسلك الثاني : من المعلوم أن القانون شرعياً كان أو وضعياً لا يمكن أن تبين فيه أحكام الحوادث الجزئية ، وكيف يمكن استقرارها وهي متجددة بتجدد الأزمان ، ولكل زمان من جزئيات الحوادث ما ليس لغيره ، فلو جعل التشريع عبارة عن بيان أحكام جزئيات الحوادث تفصيلاً لأدى ذلك إلى إبطال التشريع ، فتعين إذاً أن يكون القانون عبارة عن قواعد كلية يتمتع منها أحكام جزئيات الحوادث على مرور الزمن ، فالشرائع الساهوية عبارة عن قواعد كلية كسائر القوانين .

وإذا رجعنا للقوانين الوضعية على اختلافها ، وشروحها التي وضعت لإيضاح قواعدها الكلية وجدنا في هذه الشروح اختلافاً كثيراً في تفسيرها وتطبيقها على الحوادث الجزئية ، ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام

(١) ج ١ ص ١٤٥ .

تبعاً لاختلاف الشرح والتطبيق ، فيكون الفعل الواحد مباحاً على رأي ، ومحظوراً على رأي آخر .

فإن كان هذا مقبولاً في العوائين الوضعية ، فما الذي يحرمه في القانون الشرعي حتى يجعل مطعناً في شراحه إذا اختلفوا في فهمه وتفسيره عند تطبيق بعض مواده على الحوادث الجزئية ؟!

ونحن إذا نظرنا إلى الحقيقة في ذاتها متجردين من كل عصبية لوجدنا هذا الاختلاف نتيجة حتمية لما جاء به القرآن من إطلاق الحرية للعقول ، وفك قيودها التي كانت ترسف فيها ، وإلا فكيف يتصور أن ديناً ينادي بحرية التفكير ثم يمنع الاختلاف في الرأي والاجتهاد ، وهل يكون ذلك إلا تهافتاً ؟!

وبما ينبغي معرفته هنا أن هذا الطعن نشأ إما عن جهل بما في الفقه الإسلامي ومذاهبه من محاسن ومزايا . وإما عن تجاهل لذلك .

لأننا نجد بين الحين والحين اعترافاً من رجال القانون الغربيين بما في هذا الفقه من مزايا ، بل والتوصية بالبحث فيه والعناية به .

ففي سنة ١٩٥١ م عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المعاصرة مؤتمراً للبحث في الفقه الإسلامي في كلية الحقوق من جامعة باريس تحت اسم « أسبوع الفقه الإسلامي » فدعا إليه لقيفاً من أساتذة الشريعة والقانون في الجامعات العربية . كما وجه الدعوة إلى الأزهر ، فأرسل مندوباً يحاضر باسمه هناك ، وحاضر هؤلاء في بحوث منها . نظرية الريا في الإسلام . وإثبات الملكية ، والمسئولية الجنائية ، وتأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض ، وغيرها .

وفي النهاية وضع المؤتمر تقريره بإجماع الآراء جاء فيه . بناء على الفائدة

المتحققة من المناقشات التي تخلص منها بوضوح .

(ا) إن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يماري فيها .

(ب) وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظيمة ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول الحقيقية هي مناط الإعجاب ، وبها يتمكن الفقه الإسلامي من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها .

يعلنون رغبتهم في أن يظل أسبوع الفقه الإسلامي يتابع أعماله سنة فسنة ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة .

ويأمل المؤمنون أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة ^(١) .

تعبیه : قد يبدو للناظر من عرض أسباب الخلاف بين الصحابة فيما سبق ، وأسباب الخلاف بين الأئمة في هذا الموضوع أن ثمة خلافاً كبيراً بين الموضعين وأن خلاف الأئمة يرجع في بعض نواحيه إلى خلاف في الأسس والأصول ، كما قرره بعض الكتّاب استناداً إلى أنهم اختلفوا في الأخذ ببعض الأدلة كالتقياس والاستحسان ، كما اختلفوا في الأخذ ببعض أنواع الحديث ، كالمرسل مثلاً .

وليس الأمر كذلك ، بل الخلاف بين الفقهاء على اختلاف عصورهم - إذا

(١) راجع مقدمة المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا .

استثنينا خلاف الشيعة والخوارج - يرجع في مجموعة إلى الاختلاف في فهم النصوص وتطبيق الأصول .

وإنني أوضح لك هذه القضية بمقدار ما يسمح به موضوع هذا الكتاب وإليك البيان .

عرفنا فيما سبق أن من بين أسباب اختلاف الصحابة ، استعمالهم للرأي ، أو اختلافهم في التوسع في الرأي ، فمنهم من توسع فيه ، ومنهم من ضيق دائرته ووقف بإزاء النصوص ، ولم يلجأ إليه إلا عند الضرورة

وكلمة الرأي عندهم لم تكن محدودة بمعنى خاص ، بل كانت كما يقول ابن القيم - ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة الصواب ، وهذا الرأي نوعان ، جماعي وفردى ، وبعبارة أخرى ، كان الرأي يصدق على ما عدا النصوص من القرآن والسنة ، وهو الذي عناه معاذ بقوله : أجتهد رأيي ولا آلو .

فلم يكن هناك أسماء خاصة . كالقياس والاستحسان والاستصلاح ، بل الكل رأي ، حتى ما سمى فيما بعد بالإجماع كان يسمى رأياً .

وإذا رجعت إلى فتاوى الصحابة الجماعية منها والفردية التي مبناهما الرأي والاجتهاد وجدت منها ما ينطبق عليه اسم القياس ، كاجتهادهم في عقوبة شارب الخمر ، إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى أفترى ، وحد المماتى ثمانون ، أليس هذا قياساً صحيحاً بينت فيه اللمة الجامعة بين الفرع والأصل ؟ .

كما نجد منها ما ينطبق عليه حد الاستصلاح ، كما في تحريم الممتدة إذا تزوجت بغير مطلقها في العدة ، وإرث الزوجة من زوجها الذي طلقها في مرض الموت فأراً من إرثها .

وكذلك لمجد فيها ما يمكن إدخاله تحت الاستعانة. إذا فسرناه بأنه الخروج بالمادثة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر أرفق من الحكم الأول لدليل يدل على ذلك . أي أنه استثناء من القواعد العامة ، فالحكم بإرث المطلقة في مرض الموت استثناء من قاعدة عدم إرث المطلقة بأكملها ، لانقطاع سبب الإرث وهو الزوجية ، استثنوا هذا لزجر الذين يريدون تغيير حدود الله ، ومعاملة لهم بنقيض مقصودهم .

ومثله في ذلك تضمين الصانع استثناء من قاعدة عدم تضمين المؤمن .

وقضاء عمر بتوريث الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في المسألة المشتركة وهذه الأنواع من الرأي لم يعمل بها كل الصعابة ، بل منهم من عمل بها وتوسع فيها ، ومنهم من ضيق دائرتها .

فإذا جاء الأئمة واختلفوا في العمل ببعضها يقال : إنهم لم يقفوا في اختلافهم عند الفروع ، بل تجاوزوه إلى أسس التشريع ؟ .

نعم إنهم توسعوا في استعمال الرأي بأنواعه نظراً لكثرة الحوادث كثرة لا تكفي فيها للنصوص الجزئية ، فيكون الاختلاف بينهم راجعاً إلى الاختلاف في تطبيق القاعدة - وهي استعمال الرأي - لا في أسس التشريع وأصوله ، لأن هذه الأنواع ما هي إلا رأي .

وأما أن اختلافهم في السنة يرجع إلى خلاف جوهري في أسس التشريع فغير مسلم كذلك ، لأنه لا نزاع بين جمهور المسلمين في أن السنة الصحيحة حجة يجب العمل بها ما لم يثبت نسخها أو معارضتها بما هو أقوى منها ، فالصعابة كلهم عملوا بالأحاديت التي صحت ، ووثق بها من وجدها أياً كان نوع هذا الحديث ، ومن تأمل ممالك فقهاء الصعابة في الاحتجاج بها يعدم مختلفين في

الدليل المثبت للصحة ، فأبو بكر كان يشترط شهادة رجل آخر ، وعمر كان يشترط البينة ، وعلى يخلف الراوي .

كما ردوا بعض الأحاديث لعدم وثوقهم فيها ، أو لمعارضتها بما هو أقوى منها . أنظر إلى قول عمر في حديث فاطمة بنت قيس : لا تترك كتاب ريشا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ؟

كما أن بعضهم ترك العمل بحديث يروى لأنه غير معقول المعنى في نظره . فهذه أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها تقول رداً على حديث « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً » فإنه لا يدري أين باتت يده » تقول : فكيف نصنع بالمهراس ؟ وهو الصخرة المتقورة .

والذي حصل من الأئمة لا يخرج عن هذا .

فأبو حنيفة لما اشترط في الحديث الشهرة - فيما تم به البلوى - كما روى عنه فيما سبق ، وكما قال تلميذه أبو يوسف : عليك من الحديث بما تعرف العامة وإياك والشاذ منه ^(١) شرطه لتتحقق ثقته بالحديث حيث كان بالعراق ، وهي مهد وضع الأحاديث ، فالحديث غير المشهور يحتتمل أن يكون من صنع الكذابين وشهرة الحديث وكثرة روايته يلتفتي معها احتمال وضعه ، كما يمنع الوضعين من التزيد فيه ، أو تقييده . وكذلك إطلاقه الأخذ بالحديث المرسل متى صح طريقته مخالفاً غيره الذي قيد العمل بالمرسل ليسد النقص في الأحاديث المرفوعة المتصلة فإذاً يكون خلافه مع غيره خلافاً في التطبيق ، تطبيق أصل العمل بالسنة لا خلافاً في أسس التشريع وأصوله ، لا تقافهم على الأصل العام . وهو وجوب

(١) لرد على سيد الأوزاعي ص ٢٤ وفي ص ٣١ يقول : « فإياك وشاذ الحديث وعليك بما عليه الجماعة من الحديث وما يعرفه الفقهاء » .

العمل بها متى صحت ، ووثق المجتهد بما روى له ، والتفى المعارض الأقوى ، ولم يكن منسوخاً .

مصادر الفقه الإسلامي

تمهيد : لكل قانون من القوانين ، سماوية كانت أو وضعية مصادر يستقى منها ، وتعمل له قوة ملزمة ، ومرونة بها يتسع لكل ما يجد من أحداث في زمن تطبيقه ، فالحكم إذا لم يستند إلى مصدر تشريعي لا يكون له اعتبار ، بل لا تصح تسميته بحكم قانوني ، فكيف أن القوانين الوضعية لها مصادر باتفاق الفقهاء كذلك الفقه الإسلامي له مصادره العديدة . منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه .

ويمتاز الفقه الإسلامي عن غيره بأن مصادره عنى بها العلماء حتى جعلوا لها علماً مستقلاً يبحث فيها ، ويوضح طريقة الاستناد إليها بصفة عامة ، وطريقة عمل كل إمام بهذه المصادر بصفة خاصة هذا العلم هو المسمى بعلم أصول الفقه .

وقد اعترف بذلك رجال القانون الوضعي . جاء في كتاب أصول القانون^(١) في بحث عناية الشرائع القديمة بأصول القانون ما نصه : « وعنى فقهاء الشريعة الإسلامية كفقهاء القانون الروماني بالصياغة الفنية ، وتفوقوا فيها تفوق الرومان فدرؤوا للقانون في تفصيلاته وتطبيقاته بمنطق قانوني بلغ من الإحكام والدقة

(١) لـ دكتورين السنيهوري وحشمت أبي سئيت ص ١١ .

مبلغاً لا يعدله إلا منطق الرومان . وقرب بعض الفقهاء الأحكام التفصيلية بعضها من البعض الآخر ، واستخلص منها مبادئ عامة ، ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية امتازوا على الرومان وعلى غير الرومان من الأمم التي تفوقت في القانون بوضع علم أقرب ^(١) ما يكون لعلم أصول القانون هو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية ، وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر ، وهذا العلم يميز الفقه الإسلامي عن أي فقه آخر .

بعد هذا التمهيد نقول : إن مصادر الفقه الإسلامي تتنوع أولاً إلى نوعين :

(١) نحن لا نلح دعوى القرب بين الملمين « أصول الفقه وأصول القانون » إلا في التسمية فقط ، أما حقيقة الملمين فهي مختلفة اختلافاً واضحاً ، لأن أصول الفقه علم واضح المعالم وعدد المحدث ، فهو يبيت في أدلة الفقه ويوضح طرائق الأئمة إزاء كل دليل منها . وقد كان الغرض منه في أول وضعه بيان الطريق الصحيح للاجتهاد والنظر في الأدلة ، كما فعل الإمام الشافعي في رسالته ، وهي أول مؤلف في هذا العلم وصل إلينا ثم تناسخ التأليف فزاد غلظه حتى وصل إلى ما وصل إليه . وأما علم أصول القانون فهو علم غير واضح المعالم إلى الآن كما جاء في هذا الكتاب نفسه في الفقرة الأولى منه ، بل هي مجموعة إحصاءات حاول الباحثون فيها رسم حدود واضحة لنظرية عامة في القانون كما جاء في هامش هذه الفقرة ، إن هذا العلم مختلط بعلم تاريخ القانون وعلم القانون المقارن ولا يوجد بينها حدود فاصلة دقيقة .

لمن هنا اختلف الكتابيون فيسميه حتى خرج إلينا يحمل أسماء مختلفة فمن أصول القانون إلى المدخل للعلوم القانونية إلى نظرية القانون إلى غير ذلك من الأسماء مع اتحاد المسمى . ومن جهة أخرى نرى أن أصول الفقه في دراسته يؤخر عن دراسة الفقه فلا يدرسه الطالب إلا بعد أن ينال حظاً كبيراً من علم الفقه بينما نجد علم أصول القانون يقدم في دراسته على دراسة القانون لأنه يعتبر بمثابة مبادئ عامة تثير الطريق أمام طالب القانون وإن كان يرضه الأخير ارتفع عن مستوى الطلاب في بدء دراستهم القانونية . كما يقول الدكتور محمد عرفة في كتابه « مبادئ العلوم القانونية ص ٦ من الطبعة الثالثة » : « إن دراسة هذه المبادئ العامة بذلك الطريقة تجعل منها مادة تسمو في مستواها العلمي - من بعض الوجوه - عن إدراك المبتدئ في دراسة القانون وذلك ما قدرته الجامعات الإنجليزية فأجمعها ضمن مقرر السنة النهائية عندما يبلغ الطالب آخر مرحلة في الدراسة القانونية ذاهبة - ولها كل الحق فيما نصبت إليه - إلى أن الشخص يكون بقدر على تفهم النظريات العامة عندما يالّف القواعد المحددة التي تحكم نظامه التشريعي .

مصادر عقلية وأخرى عقلية

فالعقلية هي التي لا يكون المجتهد عمل في تكوينها ، بل يستند إليها على أنها أمر منقول يجب عليه العمل به ، كالقرآن والسنة والاجماع والعرف .

والعقلية هي التي يكون المجتهد عمل في تكوينها كالقياس ، والاستحصا
على أنه استثناء من القواعد العامة ، والاستصلاح ، فإن المجتهد حينما يستند إلى القياس مثلاً فإنه يبحث في الواقعة التي لا نص فيها ، ويقارنها بالوقائع الأخرى التي وردت النصوص بأحكامها ليقف على مدى مشابقتها بها ، فإذا وجد لها شيئاً قوياً بإحداها بحث عن علة حكم تلك الواقعة المنصوص عليها حتى إذا ما وقف عليها رجع إلى الحادثة الجديدة ليرى هل وجدت فيها علة مساوية لتلك العلة ، ولا مانع فيها من تعديده الحكم إليها ، فإذا ثبت له ذلك حكم بإثبات حكم الحادثة الأولى للثانية الجديدة بناء على هذا القياس .

هذا مع ملاحظة أن كلا من النوعين محتاج إلى الآخر ، فالاستدلال بالمنقول محتاج إلى شيء كبير من النظر والتأمل بالعقل ، كما أن الاستدلال بالمنقول لا يعد صحيحاً إلا إذا كان في حدود ما دل عليه النقل . فهو محتاج دائماً إلى تأييد النقل .

ومن جهة أخرى تنقسم المصادر إلى أصلية وتبعية

أما الأصلية فهي التي لا تتوقف دلالتها على الأحكام على دليل آخر ، وهي تنحصر في القرآن والسنة . وأما التبعية فهي التي تتوقف دلالتها واعتبارها على غيرها وهي كثيرة ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ، أو على الأقل ذهب إليه أكثرهم ، ولم يخالف فيه إلا من شذ ، كالإجماع والقياس ، ومنها يختلف فيه . ولم يتفق الأصوليون على عدد هذا النوع فمنهم من عدّه سنة ، ومنهم من أوصله إلى تسعة ، ومنهم من زاد على ذلك ، ولا يعني هنا ذكر هذا العدد ، لأنها عند

التحقيق تتداخل في بعضها وسنكتفي بذكر ثلاثة منها هي الاستصلاح أو المصالح
المرساة ، والاستحصان ، والعرف .

المصادر الأصلية:

١ - القرآن

حقيقته . طريقة نزوله . إعجازه . أسلوبه
في التشريع . حججه ودلالته على الأحكام
جمع المصحف . مصحف عثمان . خط
المصحف ونقطه وشكله .

القرآن هو الكتاب المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم لهداية الناس ، وبيان
الطريق المستقيم التي يسلكونها ، قول به الروح الأمين « جبريل » عليه السلام
على رسول الله بلفظه ومعناه . يدل لذلك قوله تعالى : « وإنه لتنزيل رب العالمين
نزل به الروح الأمين . على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربي مبين ^(١) » ،
« وقال الذين كفروا إن هذا إلا إفك افتراه وأعانه عليه قوم آخرون فقد جاءوا
ظلماً وزوراً » وقالوا أساطير الأولين ، اكتتبها فهي تملى عليه بكرة وأصيلاً ،
قل أنزله الذي يعلم السر في السموات والأرض إنه كان غفوراً رحيماً ^(٢) .

وبهذا يمتاز عن غيره من الكتب السماوية السابقة ، كما يمتاز عن أحاديث
رسول الله ^(٣) فإن معناها بإلهام الله ، ولفظها من عند الرسول .

(١) الشعراء الأيات من ١٩٢ - ١٩٥ . (٢) الفرقان من ٤ - ٦ .
(٣) وكذلك الأحاديث القدسية المنسوبة إلى رب العزة . وهي أكثر من مائة حديث هي بها
المعلماء وجمعوها في كتب خاصة . وهو قديمي نسب إلى القدس وهو الطهارة والتزكية للنسب إلى
الرب سبحانه وتعالى باعتبارها صادرة عنه أولاً ، وهو للتكلم بها أولاً ، وحديث لأن الرسول هو
الحدث به عن الله تعالى والحاكم له بلفظه ولتته .

والسر في إزاله بلفظه ومعناه . أنه الكتاب الأخير لحاتم الرسل ، أنزله الله ليكون دستور الأمة الإسلامية إلى يوم الدين ، فلو نزل بمعناه فقط لكانت عرضة للتبديل والتغيير لكنه سبحانه أنزله بلفظه ومعناه ، وتكفل بحفظه « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون »^(١) .

وتحقيقاً لهذا الوعد القاطم ألهم الله الخليفة الأول أبا بكر الصديق رضي الله عنه أن يقوم بجمع وقاعه التي كتب فيها أيام نزول الوحي ، وترتيبها على ما هو محفوظ لهم ، ثم يحيي من بعده الخليفة الثالث عثمان بن عفان ، ويقضي على الاختلاف في قراءته ، فيمهد إلى جماعة من القراء على رأسهم زيد بن ثابت أن يكتبوا المصحف بلغة قريش ، ثم ينسخ من هذا المصحف عدة نسخ أرسلها إلى الأمصار الإسلامية ، وألزمهم بها ، وترك ما يخالفها من مصاحف كان بعض الصحابة كتبها لنفسه عند نزول الوحي بلغات أخرى ، وكان فيها بعض آيات نسخت .

ومن هذا اليوم وهو منارة الهدى لا يعرف التغيير والتبديل طريقاً إليه مصداقاً لقوله تعالى « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد »^(٢) .

نزوله منجماً وحكمته : نزل هذا القرآن على رسول الله منجماً ، ولم ينزل دفعة واحدة ليتمكن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حفظه وإملائه على كتاب الوحي وقراءته على الناس للتعليم « وقرأنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلاً »^(٣) ، المكث هو التأمل والتأني ، وليسهل حفظه على هؤلاء الأميين الذين لم يكن لهم معرفة بالكتابة إلا قليلاً ، فلو نزل جملة واحدة لمجزوا عن حفظه ، ولما استطاعوا كتابته في وقت واحد ، ومن وراء هذا

وذاك تثبيت قلب الرسول بتكرار نزول الوحي عليه كما جاء في قوله تعالى ،
« وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لثبت به قلوبك
ورتلناه ترتيلاً » (١) .

إعجاز القرآن : والقرآن هو معجزة (٢) رسول الله كما صرح بذلك القرآن
والسنة . قال تعالى : « وقالوا لولا نزل عليه آيات من ربه قل إنما الآيات عند الله
وإنما أنا نذير مبين أولم يكفهم أنا أنزلنا عليك الكتاب يتلى عليهم إن في ذلك
لرحمة وذكرى لقوم يؤمنون » (٣) .

ويروي لنا الأئمة أحمد والبخاري ومسلم بسندهم عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أنه قال : ما من نبي من الأنبياء إلا أعطي من الآيات ما مثله آمن عليه
البشر وإنما كان الذي أُنزِلَته وحياً أوحاه الله إلي ، فأرجو أن أكون أكثرهم
تابعاً يوم القيامة » (٤) .

تحدثى به العرب فعبّروا مع أنهم أرباب الفصاحة والبلاغة ، وقصة تحديهم
موجودة في مواضع عديدة من القرآن (٥) .

(١) الفرقان - ٣٢ .

(٢) والقرآن معجز بلفظه ومعناه ، فإعجازه من ناحية اللفظ يعني من بلاغته في التركيب
والأسلوب ، وإعجازه من ناحية المعنى يعني من جهة إخباره عن الأمم الماضية ، وإخباره عن
المستقبل في حوادث حدثت بعد نزوله . مثل البشارة بفتح مكة ، وغلبة الروم للفرس ، وغير
ذلك ، وبيانه للحقائق العلمية التي يكشف عنها العلم الحديث مصداقاً لقوله تعالى : « سنريهم آياتنا
في الآفاق وفي أنفسهم » . وأخيراً ما جاء به من شرائع بلغت غاية السمو والعدالة في الوقت الذي
كانت الأمم تتخضّر تقوم على المنصرية في تشريعها .

(٣) العنكبوت - ٥١ ، ٥٢ . (٤) للرافعات ج ٣ ص ٣١٧ .

(٥) تدرج في ذلك التحدي ، فطلب منهم أن يأتوا بشيء ، فلما عجزوا خفف الطلب إلى عشر
سور من مثله ، ثم إلى سورة واحدة ، وفي كل مرة يقول لهم استمعوا بمن شئتم من الإنس والجن
وفي النهاية سجل عليهم المعجز التام ، وجاوبهم بالحقيقة الناطقة بأن القرآن ليس في متناولهم فهم
معاذون يظهرون جزأهم في دار وقودها الناس والحيجارة

ولقد شهد له ألد أعداء الرسول ، وهو الوليد بن المغيرة حين سمع الرسول يقرأ منه شيئاً فقال لقومه : « والله ما منكم رجل أعرف بالأشعار مني ، ولا أعلم برجزه وقصيده مني ، والله ما يشبه الذي يقوله شيئاً من هذا ، والله إن لقوله الذي يقوله للحلاوة ، وإن عليه لطلاوة ، وإنه لمشر أعلاه ، ممدق أسفله ، وإنه ليعلم ولا يعلم عليه ، وإنه ليعظم ما تحته » ممدق : غزير .

وإذا عجز العرب كلهم عن الإتيان بمثله ، وهو الذي نزل بلغتهم ، وهم أهل الفصاحة والبلاغة فلا يعقل بعد ذلك أن يستطيع غير العربي منها أوتي من بلاغة الإتيان بما عجز عنه العرب أنفسهم ، على أن إعجازه العلمي والتشريعي المستمرين على مدى الأيام كافيان في إلزام غير العرب فلزمت الحجة الجميع ، ووجب التسليم بأنه كلام الله وأن مبلغه رسول الله ، وخاتم النبيين كما صرح به القرآن « ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » (١) .

= يقول الله تعالى : « قل فاتوا بكتاب من عند الله هو أهدى منها أتبعه انت كتم صادقين فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنا يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ان الله لا يهدي القوم الظالين » القصص - ٤٩ - ٥٠ ، وفي أخرى يقول : « أم يقولون تقوله بلى لا يؤمنون فليأتوا بحديث مثله ان كانوا صادقين » الطور - ٢٣ - ٢٤ ، وفي ثالثة يقول : « أم يقولون افتراء قل فاتوا بمثل مفرجات وادعوا من استطعتم من دون الله ان كنتم صادقين ، فإن لم يستجيبوا لكم فاعلموا أنما أنزل بهم الله وأن لا إله إلا هو فهل أنتم مسلمون » هود - ١٣ = ١٤ ، وفي غيرها يقول : « أم يقولون افتراء قل فاتوا بسورة مثله وادعوا من استطعتم من دون الله ان كنتم صادقين » يونس - ٣٨ .

وأخيراً يقول : « وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فاتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله ان كنتم صادقين . فإن لم تفعلوا ولئن تكلموا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين » البقرة ٢٣ - ٢٤ . كما سجل عليهم المعجز التام قبل ذلك بقوله : « قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً » الإسراء - ٨٨ .

(٢) الأحزاب ٤٠ .

والقرآن أصل للتشريع الإسلامي ، فهو الذي بين أسس الشريعة كلها .
سواء كانت اعتقادية ، أو خلقية ، أو عملية ، لكنه عني بالأولين ففصلهما
تفصيلاً تاماً .

وأما التشريع العملي فقد أوفاه إجمالاً ، ولم يمتن بالتفصيل فيه إلا لبعض
أحكام لا تتغير على مر الأيام ، كأحكام الموارث ، وأحكام الأسرة ، ويظهر
جلياً من تتبع آياته واستقراءها ، فإننا نجد نصيب التشريع العملي قليلاً
بالنسبة لغيره .

والسبب في ذلك أن العقيدة هي الأساس لغيرها ، والمقائد لا تتغير بمرور
الأيام ، وأما التشريعات العملية فهي أولاً تتبع تجدد الحوادث ، وثانياً تختلف
تبعاً لاختلاف الزمان والمكان ، على أن تفصيل أحكامها مع كثرتها يخرج القرآن
عن القصد الأول منه ، وهو أنه كتاب هداية وإرشاد ، لذلك أجمل القرآن
أحكامها وترك تفصيلها إلى السنة ، فأمر باتباع الرسول فقال : « وما آتاكم
الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »^(١) ، وفي آية أخرى جعل طاعة الرسول
طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله »^(٢) ، وأمر الرسول بالبيان في قوله :
« وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون »^(٣) .

والمستحب لتشريع الأحكام فيه يجدها جاءت على هيئة نصوص عامة ،
وقواعد كلية فيها من المرونة واليسر ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل عصر ، وفي
كل مكان ، لأن القواعد لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وإنما الذي
يختلف هو الجزئيات ، ولقد فصل الرسول ما أجمله القرآن ، وجاء الأئمة
والمجتهدون من بعده واستنبطوا من آياته الشيء الكثير .

(١) الحشر - ٧ (٢) النساء - ٨٠ (٣) النحل - ٤٤ .

ثم إن القرآن في تشريعه العملي لم ينس الغرض الأول من إزالته ، وهو الهداية والتذكير ، فتراه يذكر الحكم لواحداً في مواضع متفرقة ليكون بمثابة التنبيه والتذكير للقارئ حتى لا يغلبه النسيان ، وكثيراً ما يتبع الحكم ببيان الحكمة من تشريعه ، أو يردفه بالوعيد الشديد لمن لم يمثل .

اقرأ إن شئت قوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامي ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً » ^(١) . جاء هذا بعد بيان أحكام التصرف في أموال اليتامى .

وفي تشريع عقوبة السارق يقول : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » ^(٢) .

وفي بيان حكم قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » ^(٣) .

ويقول في شأن الربا : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فاتته فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يحق لله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم .. » إلى أن قال : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » ^(٤) .

(١) النساء - ١٠ (٢) المائدة - ٢٨ (٣) المائدة - ٣٣ .

(٤) البقرة من ٢٧٥ - ٢٧٩ .

حجية القرآن ودلالته على الاحكام : وقد اتفق المسلمون على أن القرآن مصدر من مصادر التشريع ، وأن أحكامه واجبة الاتباع ، وأنه المرجع الأول لا يلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد ما يطلبه فيه ، وأن دلالته على الأحكام قد تكون قطعية إذا كان اللفظ الوارد فيه يدل على معنى واحد ، ولا يحتمل غيره . وقد تكون ظنية إذا كان لفظه يحتمل الدلالة على أكثر من معنى .

كيف وصل إلينا القرآن :

ويمكن هنا أن نذكر كلمة عن الطريقة التي وصل بها إلينا القرآن فنقول : نزل القرآن على رسول الله منجياً حسب الحوادث والمناسبات ، وكان كلما نزل جبريل بشيء منه بلغه رسول الله لمن حضر من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحي ويأمرهم بكتابة هذا الجزء .

ومن متمات التنزيل أن يبين جبريل الأمين مكان ما ينزل به من السور حتى يحفظ القرآن مرتباً .

وفي شهر رمضان من كل عام كان يمرض رسول الله ما عنده من القرآن على جبريل . حيث كان ينزل لهذا الغرض ، وفي الصام الأخير من حياة الرسول عرضه مرتين ، فكان جبريل يقرأ أولاً ، ثم يتلوه الرسول بالقراءة ، ولم ينتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى إلا والقرآن كله محفوظ في صدور الصحابة مرتباً ، غير أنهم لم يكتفوا كلهم في الحفظ سواء ، بل فيهم الحافظ لبعضه ، ومن يحفظه كله ، ومنهم من حضر العرصة الأخيرة التي استقر عليها وضع القرآن الأخير مجرداً مما نسخ منه ، ومنهم من لم يحضرها ، كما كان مكتوباً في الرقاع من قطع الأديم والمصب والأكتاف^(١) وغيرها ، لكنه غير مجموع ولا مرتب السور

(١) المصب : الأجزاء العريضة من جريد النخل ، والأكتاف العظم للعريض في كنف البعير وغير ذلك من الخفاف وهي الحجارة الرقاق .

والحكمة في عدم جمع الرسول لهذا المكتوب مرتباً واضحة ، وهي أنه كان ينتظر الوحي حتى آخر لحظة من حياته ، فربما نزل شيء ، أو نسخ منه آيات فيكفي حفظ الصحابة له مرتباً ، والله سبحانه من وراء ذلك كله متكفل بحفظه من الضياع والتبديل « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له الحافظون » .

وثمة حكمة أخرى هي أن رسول الله لم يوجه كل عنايته لهذا المكتوب لئلا يفهم الصحابة أن المعول عليه في نقل القرآن هو الكتابة ، فيعزوا في حفظه ، والكتابة حينذاك سهلة المحو والتبديل ، فترك ذلك ليستقر في نفوسهم أن المعول عليه أولاً هو الحفظ والنقل بطريق القراءة ، وإنا أمر بكتابته ليكون تذكرة للقراء ، وليكون له سندان الحفظ والكتابة .

جمع المصحف : واستمر الأمر على هذا بعد وفاة الرسول إلى أن كانت وقعة اليمامة في خلافة أبي بكر وقتل فيها عدد كبير من القراء ، فأشار عمر على أبي بكر رضي الله عنهما يجمع القرآن في المصحف خشية أن يذهب منه شيء بموت القراء ، وكان ما بينهما من المناقشة حتى شرح الله صدر أبي بكر لهذا العمل فدعا زيد بن ثابت وأمره يجمعه قائلاً له : « إنك شاب عاقل لا تهملك كُنت تكتب القرآن لرسول الله وقد حضرت المروضة الأخيرة ، فهذه العبارة تبين سبب اختيار زيد لهذه المهمة الشاقة ، ولأنه حفظ القرآن كله في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

امتثل زيد لهذا الأمر ، فأخذ يجمع القرآن من الرقاع المكتوبة وصدور الرجال ، ولم يكتف بواحد منها عن الآخر زيادة في الاحتياط ، وليس معنى هذا أن زيداً وحده هو الذي كلف بهذا العمل ، وإنا كان هو صاحب المهمة الأصلية ، وقد عاونوه غيره فيها .

يدل لذلك ما روى أن أبا بكر قال لعمر وزيد : « اقعدا على باب المسجد

فمن جاء بما يشاهد^(١) على شيء من كتاب الله فاكتهاه ، ، على أن ذلك العمل كان على ملأ من الصحابة كلهم ، فوافقوا عليه ولم ينكره أحد .

ولهذا الجمع فوائد كثيرة يكفيها منها . أنه بحث عن الرقاع والتثبت منها ، وجمعها في مكان واحد كالأصل الذي يرجع إليه حتى يستتب الأمر ويؤمن الضياع ، وتحديد ما عساه أن يكون قد نأكل من حروف الرقاع التي ليس من شأنها أن تحتفظ بما يرسم عليها من الحروف مدة طويلة ، وأخيراً اتصال السند الكتابي بأخذ الصحف البكرية من الصحف التي كتبت بين يدي رسول الله كما اتصل السند المتواتر في الرواية ، والتلقي عن الشيوخ فيكون القرآن متواتراً حفظاً وكتابة .

وبعد أن تم الجمع وضعت هذه الصحف عند أبي بكر ، ثم عند عمر من بعده ثم عند حفصة بنت عمر أم المؤمنين بوصية عمر ، فبقيت عندها إلى أن توفيت فأخذها عبد الله بن عمر ؛

مصنف عثمان الموحّد

(١) يقول ابن حيمر المراد بالشاهدين . الحفظ والكتابة ، وقال البخاري أنها يشهدان على أن ذلك المكتوب كتب بين يدي رسول الله ، أو المراد أنها يشهدان على أن ذلك من الوجوه التي نزل بها القرآن ، فكان زيد لا يكتب شيئاً إلا إذا شهد به عدلان

ولذلك لما لم يجد آخر سورة برامة إلا مع خزينة بن ثابت قال : اكتبوها فإن رسول الله جعل شهادته بشهادة رجلين « راجع الاتفاق للسيوطي ج ١ ص ٥٨

وفي رواية البخاري يقول زيد بن ثابت فتثبتت القرآن أجمعه من المسبب والمضاف وصدور الرجال حتى وجدت آخر سورة التوبة مع أبي خزينة الأنصاري لم أجدها مع أحد غيره « لقد جادكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم « حتى آخر سورة برامة . يقول بعض الشراح إنه لم يجدها مكتوبة إلا مع أبي خزينة مع أنه كان يحفظها وكان كثير من الصحابة يحفظونها ، لأنه كان يريد أن يجمع بين الحفظ والكتابة زيادة في التوثيق ومبالغة في الاحتياط ، ومنهم من يقول إن أبا خزينة غير خزينة بن ثابت الذي جعل رسول الله شهادته بشهادة اثنين .

مضى زمن أبي بكر وعمر ، ولم يحدث في الأمر جديد حتى حدث في زمن عثمان أن تنازع القراء في القراءة واشتد النزاع بينهم ، ورمى بعضهم بعضاً بالخطأ . حدث ذلك حينما كان المسلمون من أهل الشام والعراق يقاتلون لفتح أرمينية وأذربيجان رأى حذيفة بن اليمان وهو من كبار الصحابة هذا الحدث ففزع ورفع الأمر للخليفة قائلاً له : « أدرك الأمة قبل أن يختلفوا اختلاف اليهود والنصارى قال فيأذا ، قال في كتاب الله ، وقص عليه الخبر فجمع عثمان الصحابة وشاورهم في الأمر ، فقالوا له ماذا ترى ؟ فقال أرى أن نجتمع الناس على مصحف واحد وبحرق ما عداه فوافقوه على ذلك ، فأمر زيد بن ثابت وعبد الله بن الزبير وسعيد ابن العاص وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام بكتابة القرآن ، وقال للقرشين الثلاثة : إذا اختلفتم وزيد في شيء فاكتبوه بلفظ قريش فإنه إنما نزل بلسانهم . فلم يختلفوا في شيء إلا في التابوت ، فقال زيد بالهاء ، وقالوا بالتاء ، فمروا الأمر على عثمان فأمرهم بكتابه بالتاء .

ولما انتهوا من الكتابة^(١) نسخ عدة مصاحف وأرسلها إلى الأمصار وأمر الناس بحرق ما عندهم من المصاحف^(٢) التي تخالفها ، كما ألزمهم بالقراءة بما وافقها .

وهنا يجيء التساؤل عن مصير الصحف البكرية بعد نسخ مصاحف عثمان وتوزيعها ؟

(١) كان هذا الجمع في أواخر سنة ٢٤ هـ وأوائل سنة ٢٥ هـ كما صرح بذلك الحافظ ابن حجر

(٢) روى ابن سعد في الطبقات الكبرى ج ٤ ص ١٧٠ وما بعدها عدة آثار تفيد أن لفرمان أصحاب رسول الله جمر القرآن في عهده وأن اختلفت هذه الآثار في عددهم . منهم معاذ ابن جبل ، وأبي بن كعب ، وأبو الدرداء . وزيد بن ثابت وعبد الله بن الصامت . وسعد بن عبيد وأبو أيوب وأبو زيد وكلهم من الأنصار .

وللجواب عن هذا التساؤل : نقول : إن العلماء مختلفون في هذا الموضع على رأيين فمنهم من ذهب إلى أن عثمان بعد أن فرغ من نسخ مصاحفه بما فيه الصحف لثلاث تكون مشار كلام فيما بعد . حيث يسهل عو ما بها من الكتابة

ويذهب فريق آخر إلى أنها ردت إلى حفصة بعد عرض المصاحف عليها كما وعد عثمان ، وبقيت عندها إلى أن توفيت سنة ٤٥ هـ على أصح الأقوال ، ثم أخذها عبدالله بن عمر بعد ذلك ، حتى أخذها منه مروان بن الحكم والي المدينة من قبل معاوية وعماها ، فقد روى أنه لما تولى إمرة المدينة طلب هذه الصحف من حفصة فلم تعطها له ، فلما توفيت طلبها من أخيها عبدالله فأعطاه له ففسلها وقال : « وإنما فعلت هذا لأني خشيت إن طال بالناس زمان أن يرتاب في شأن هذه الصحف مرتاب » .

وأنا أميل إلى هذا الرأي الأخير ، لأن عثمان وعد أم المؤمنين برد هذه الصحف إليها ، وليس من المقول ألا يوفي أمير المؤمنين بوعده ، لأن مصحف عثمان لم يكن مخالفاً لتلك الصحف في شيء حتى يمحوها كما حرق غيرها من المصاحف التي كانت سبباً في الاختلاف، وهي مصاحف قد كتبها بعض الصحابة لأنفسهم ، وأثبتوا فيها بعض التأويلات مع الآيات ، لأنها كانت مصاحف خاصة بأصحابها . مثل مصحف أبي بن كعب ، ومصحف عبدالله بن مسعود ، وكان أهل الشام يقرءون بقرأة أبي ، وأهل العراق يقرءون بقرأة عبدالله بن مسعود ، فيأتي كل فريق بما لم يسمع الآخر .

والحادثة وقعت في الجيش المحارب من أهل الشام وأهل العراق .
ثم إن عثمان بعث مع كل مصحف إماماً يرشد الناس إلى وجوه قراءته .

فبعث عبدالله بن السائب مع المكّي ، والمنيرة بن شهاب مع الشامي . وأبا عبد الرحمن السلمي مع الكوفي ، وعامر بن قيس مع البصري ، وأمر زيد بن ثابت أن

يقرىء الناس بالمدني ، والأمر الذي وافق إرسال المصاحف هو الاختصار في القراءة على ما وافقها ، وترك ما خالفها الذي صار في حكم المنسوخ .

خط المصحف العثماني : والخط الذي كتبت به المصاحف العثمانية وافق عليه الصحابة وعددهم حينذاك كبير ، وكان خالياً من النقط والشكل موافقاً لخط المصحف البكرية ، والرقاع النبوية .

ومن هنا وسع هذا المصحف جميع القراءات (١)

وهذا الخط وإن كان يبدو مخالفاً لما وصل إليه الخط الآن إلا أنه لا ينبغي تغييره حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى التعريف والتبديل في القرآن ، لأن

(١) القراءات في القرآن :

تسمي القراء يقرءون القرآن بقراءات تختلف عن بعضها في النطق إما في المدد هدمه « كالك يوم الدين » وملك يوم الدين » ، وأما في شكل بعض الحروف نحو « فناداهما من تحتها » وناداهما من تحتها » والقسطاس والقسطاس المستقيم » كل ذلك كان سيئه عند ربك مكروها » « كل ذلك كان سيئة » . وغير ذلك من أوجه الاختلاف . والقراءات كثيرة منها المتواترة التي اتفق عليها المسلمون في كل عصر . ومنها الشاذة التي انفرد بها بعض القراء .

والقرآن بقراءته متلقى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تلقاه بدوره عن جبريل الأمين عليه السلام . وبلغه الرسول إلى العرب مع اختلاف لهجاتهم ، وكان من تيسير الله عليهم أن أذن لهم بقراءته كل ما ألفه من لفظه ونطقه .

يدل لذلك ما روى عن رسول الله أنه قال : نزل القرآن على سبعة أحرف « وجاء في سبب هذا الحديث أنه قال : أقرأني جبريل على حرف فاستدركته فأقرأني على حرفين وهكذا حتى بلغت سبعاً » والواقعة مشهورة .

وكيف يتفق إلزام العرب على اختلاف لهجاتهم وكيفية النطق بكلماتهم - بطريقة واحدة وفيه من المشقة ما لا يخفى مع قوله تعالى : « ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر » . =

الخطوط تختلف في رسومها ، وباب التفسير والتجديد فيها مفتوح ، فلو أبيح كتابة القرآن بغير الخط المجازي لاختلعت خطوط المصاحف ، وحينئذ يسهل التحريف فيها ، ولم لا تكون هذه ميزة له . كما تميز بأعجاز لغته ؟ .

نقط المصحف وشكله : كان العرب بسليقتهم في غنى عن الشكل والنقط لتمييز الحروف ومعرفة رسمها . ولأن اعتمادهم في قراءته على التلقي من الحفظة .

= والعرب قوم أميون لا يعرفون الكتابة ولا القراءة إلا قليلا منهم فكان من لطف الله بهم التيسير عليهم في قراءة ما يسمونه من رسول الله .

ولقد أثر أن عمر بن الخطاب سمع هشام بن حكيم يقرأ سورة الفرقان على وجه غير الوجه الذي حفظه من رسول الله فأخذه إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقرأ كل واحد منها عليه ما سمعه منه ، فقال لكل منهما بعد قراءته : هكذا أنزلت ، ثم قال : إن هذا القرآن أول على سبعة أحرف فاقربوا ما تيسر منها .

تلقى الصحابة هذه التراءات عن رسول الله وأقرعوها للناس كما سمعوا واشتهر منهم بعد وفاته : أبي بن كعب ، وعثمان بن عفان ، وعلي بن أبي طالب ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت وأبو الدرداء ، وأبو موسى الأشعري .

وعن هؤلاء أخذ كثير من الصحابة في الأمصار ، ولما جمع القرآن في عهد أبي بكر ، ثم نسخ بالخط الكوفي خالياً من الشكل والنقط ، وكانت هذه النسخ تحتل تلك القراءات كلها المأثورة عن رسول الله .

واشتهر من القراء بعد عصر الصحابة سبعة :

- ١ - نافع بن أبي نعيم الذي قرأ على تلاميذه ابن عباس وتوفي سنة ١٦٧ هـ
- ٢ - عبدالله بن كثير الذي قرأ على تلاميذه ابن عباس أيضاً وتوفي سنة ١٢٠ هـ
- ٣ - أبو عمرو بن العلاء المازني قرأ على تلاميذه ابن عباس أيضاً وتوفي سنة ١٥٤ هـ
- ٤ - عبدالله بن عامر الذي قرأ على تلاميذه عثمان وعلي وإبى الدرداء وتوفي سنة ١١٨ هـ
- ٥ - أبو بكر عمار بن أبي النجود الذي قرأ على تلاميذه عثمان ، وعلي ، وأبي الدرداء وإبىن مسعود وإبى بن كعب ، وزيد بن ثابت ، وتوفي سنة ١٢٧ هـ . =

فهم يقرءونه بقرءاتهم .

فلما اختلط العرب بالعجم ، وفسدت الألسنة تشابهت أوضاع الحروف عليهم ، فتوفرت الداعية للنقط والشكل ، وأصبح أمراً لازماً خوف اللحن في القرآن عند قرءاته .

ابتدأ ذلك في أوائل عهد الأمويين ، فأمر زياد بن أبيه أمير العراق أبا الأسود الدؤلي المتوفي سنة ٦٩ هـ ، وهو من كبار التابعين المتقنين للقراءة والواضع لعلم النحو في زمن علي كرم الله وجهه أمره أن يضع للناس علامات تضبط قرءاتهم فشكل أواخر الكلمات من المصحف الشريف ، وجعل الفتحة نقطة فوق الحرف ، والكسرة نقطة تحته ، والضممة نقطة إلى جانبه ، وجعل علامة الحرف المنون نقطتين ، فانتشرت هذه الطريقة بين الناس وعملوا بها ، ولكنها لم تحفظ الألسنة من اللحن ، فوقع التحريف والتصحيح في القراءة من

٦ - حمزة بن حبيب الذي قرأ على تلاميذ علي وابن عباس ، وعثمان وتوفي سنة ٨١٥ هـ
٧ - أبو الحسن علي بن حمزة الكسائي قرأ على حمزة بن حبيب وتوفي سنة ١٨٩ هـ ، وهؤلاء كانوا مفرقين في الأمصار الإسلامية . مكة والمدينة والبصرة والكوفة ودمشق وغيرها ، ثم تلا هؤلاء تلاميذ لم يكونوا أقل عناية بالحفظ والضغط ممن تلقوا عنهم من شيوخ القراءات ، بل زادت عنايتهم ، وتلقى عنهم القراء طبقة بعد طبقة حتى اتصل السند الحلفي كما اتصل السند الكتابي .

ولقد اعتمد علماء القراءات في صحة القراءة وقبولها على ثلاثة أمور ، متى توافرت كانت القراءة صحيحة ، ومتى اختلفت أو اختلف واحد منها كانت إما ضعيفة أو شاذة أو باطلة وهذه الأمور هي :

١ - أن توافق الرسم الشمائي ؛

٢ - أن توافق اللغة العربية بوجه من وجوها .

٣ - أن تكون صحيحة السند .

ولقد غني العلماء بتلك القراءات وألفوا فيها كثيراً من الكتب وتلقاها الراغبون في تعلمها طبقة عن طبقة ثم زادت عناية أدولة بها ، فأنشأت معهداً للقراءات يقبع إحدى كليات الجامعة الأزهرية .

بعض الناس ، قدعا ذلك إلى إعجام الحروف « نقطها » وشكل أوائل الكلمات وأواسطها وأواخرها .

قام بالأعجام نصر بن عاصم المتوفي سنة ٩٠ هـ بأمر الحجاج الثقفي ، وقام بالشكل الخليل بن أحمد المتوفي سنة ٧٠ هـ ، فغير الشكل الذي وضعه أبو الأسود وجعل الفتحة ألفاً مسطوحة فوق الحرف ، والكسرة ياء تحته ، والضمه واواً في أعلاه ، ووضع علامات للدو التشديد ، وهكذا تدرج الشكل حتى وصل إلى وضعه الحالي .

ثم عنى القراء والحفاظ بوضع علامات الفصل والوقف ، وزادت الضاية به . فوضعوا أحكام التجويد والقراءات ، وكل ذلك لم يغير رسم الكلمات الأصلية فلا يقال : إنكم غيرتم الرسم المعاني ؟

٢ - السنة

« معناها . المراد بها هنا . منزلتها من القرآن .
تدوينها . الاختلاف فيها . دليل اعتبارها من
القرآن » .

السنة في اللغة الطريقة المعتادة . ومنه قوله تعالى : « فلن نجد لسنة الله
تبديلا » . ولن نجد لسنة الله تحويلا ^(١) . وقول رسول الله : « من سن سنة
حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة » ، ومن سن سنة سيئة فعليه
وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة » .

وفي اصطلاح الشرع استعمل لفظ السنة في معنى أخص من المعنى اللغوي
وهو الطريقة المعتادة في العمل بالدين أو الصورة العملية التي بها طبق النبي صلى
الله عليه وسلم وأصحابه أوامر القرآن حسبا تبين لهم من دلالة القرآن ومقاصده

ويراد بها في هذا الموضع ما روي عن رسول الله من أقوال وأفعال وتقريرات
فهو بهذا المعنى مصدر من مصادر التشريع في المرتبة الثانية بعد القرآن ، وهي
بالنسبة إليه شارحة ومبينة ، ومؤكدة ، لأنها قد تبين بجملا فيه مثل قول الرسول :
« صلوا كما رأيتموني أصلي » المبين لقوله تعالى : « أقيموا الصلاة » ، ومثل قوله :

(١) فاطر : ٤٣ (٢) وبيان السنة للقرآن كما ذهب إليه فريق من العلماء . على وجوه .
منها بيانها لما أجمل فيه كبيان فرائض الصلاة وكيفيتها وأوقاتها وبيان مقادير الزكاة وأعمال الحج .
ومنها : بيانها لمطلقه وأن المراد منه التقيد كبيانها أن القطع المطلق في آية السرقة من أنه من
الرسخ لا مطلق اليد .

ومنها : بيانها لعلمه وأن المراد تخصيصه كبيانها للشارق من أنه سارق مقدار معين من مكان
معين . ومنها : بيان الزيادة على القرآن . كتكريم الجمع في الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها .
وبيان المحرمات من الرضاع . وبيان ميراث الجدة وغير ذلك .

« هاتوا ربع عشر أموالكم » . وما في معناه المبين لقوله تعالى : « وآتوا الزكاة »
ومثل بيانه لأعمال الحج والعمرة ، والبيع والربا إلى غير ذلك ^(١) .

وقد تكون مؤكدة لما جاء فيه ، مثل حديث « استوصوا بالنساء خيراً » ،
فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله » فإنه مؤكد لقوله تعالى : « وعاشروهن
بالمعروف » وحديث « لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه » فإنه مؤكد
لقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض
منكم » ، وأحاديث تحريم شهادة الزور ، وقتل النفس المصومة ، والزنى ،
وأحاديث حقوق الوالدین وغيرها .

وهي من ناحية بيانها وتوكيدها فيها معنى التسمية للقرآن ، وهذا لا ينبغي
كونها مصدراً مستقلاً للتشريع ^(٢) لأنها أتت بأحكام كثيرة لم يرد ذكرها في
القرآن ^(٣) مثل حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . وحديث
« لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها » ، ولا المرأة على ابنة أخيها أو أختها إنكم

(١) يقول الامام الشافعي في رسالته : لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن صان النبي صلى الله
عليه وسلم من ثلاثة وجوه . أحدهما ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل ما
نص الكتاب ، والاخر ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فبين عن الله معنى ما أراد ، والوجه
الثالث : ما سن رسول الله بما ليس فيه نص كتاب » .

ويقول ابن القيم : والسنة مع القرآن على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون مرافقة له من كل وجه ، فيكون قواعد القرآن والسنة على الحكم الواحد
من باب قواعد الأدلة وتضافرها .

ثانيها : أن تكون بياناً لما أريد بالقرآن وتفسيراً له . وهو يشمل تفصيل الجمل وتبيين
المطلق وتخصيص العام .

ثالثها : أن تكون موجبة لحكم سكت القرآن عن إيجابه . أو تحريمه لما سكت عن تحريمه .

(٢) وقد ادخل بعض العلماء هذا النوع في بيان السنة كما اشترطوا إلى ذلك في هامش الصفحة
السابقة ولعل هؤلاء يقصدون بذلك نفي استقلال السنة عن القرآن .

وهذا كما ترى لا ينبغي أن السنة أتت بأحكام لم تذكر في القرآن وإلا فما معنى الزيادة ؟ .

إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ، ، وكالحديث الذي بين ميراث الجدة ، وأن لبنت الابن السهم مع البنت ، وحديث صدقة الفطر ، وكذلك أوجبت الدية على العاقلة ، وحديث منع القتال من الميراث ، ومنع التوارث بين المسلم والكافر وغير ذلك .

وليس كل ما نقل عن الرسول من أقوال وأفعال وتقريرات يعتبر مصدراً تشريعياً ، فإن ما صدر عنه باعتباره بشراً وإنساناً كالأكل والشرب والنوم والقيام والمشى وغيرها ليس من التشريعات في شيء ، وكذلك ما ثبت بالدليل أنه خاطئ به ، كالوصال في الصوم ، والجمع بين أكثر من أربع من النساء ، وزواجه بغير مهر في بعض الأحيان ، كل ذلك لا يجب الاتباع فيه ، بل هو خاص به صلى الله عليه وسلم ، ويلحق بذلك اجتهاداته في الأمور الدنيوية ، كنهيه عن تأبير النخل ، وتنظيم الجيوس وغيرها ، وما عدا ذلك هو المصدر التشريعي الواجب علينا اتباعه فيه .

ثم إن نصوص السنة تختلف في دلالتها على الأحكام - باختلاف دلالة القرآن - فمنها ما هو قطعي الدلالة إذا كان النص لا يحتمل إلا معنى واحداً . ومنها ما هو ظني الدلالة إذا كان النص يحتمل معنيين أو أكثر .

تدوين السنة : من الثابت المعلوم أن السنة لم تكتب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كتب القرآن ، لأن الرسول نهى^(١) عن كتابتها خوفاً اختلاطها بالقرآن ، وتوفي رسول الله وهي محفوظة في صدور أصحابه كل على مقتدار استعماده ، ومبلغ حضوره مجالس الرسول ، فبينما نرى واحداً منهم لا يحفظ إلا طائفة قليلة من الأحاديث إذ بنا نجد غيره يحفظ الآلاف منها ، ولم

(١) روى مسلم واحد والتزمذي والنسائي عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . « لا تكتبوا عني شيئاً سوى القرآن فمن كتب عن غير القرآن فليحرقه » وروى مسلم عن أبي سعيد أيضاً قال : حرصنا أن ياد لنا النبي في الكتابة فأبى .

يرو لنا التاريخ أنه كتب شيء منها في عهده إلا ما قيل : إنه كان لعبد الله ابن عمرو بن العاص صحيفة تسمى الصادقة دون فيها بعض الأحاديث ، وما روي كذلك عن علي كرم الله وجهه .

وفي خلافة أبي بكر رضى الله عنه لم يفكر أحد في تدوينها للسبب السابق . ولقصر مدة هذه الخلافة ، فلما وليها عمر رضى الله عنه عرضت له فكرة التدوين فشاور الصحابة فيها ، فأشاروا عليه بجمعها ولكنه مكث شهراً يستخير الله حتى انتهى إلى العدول عن هذا الأمر لأسباب منها :

أنه وجد هذا العمل يصعب تنفيذه ، لأن رسول الله توفي تاركا سنته موزعة في صدور أصحابه وهم كثيرون ، تفرقوا في البلدان ، ولا يمكن جمعهم في مكان واحد ، ولو فرض إمكانه فلا يمكن كل واحد منهم أن يقول ما عنده مرة واحدة ، لأنها أقوال يتذكرها جافظها عند المناسبات ، كما كان يخشى اختلاطها بالقرآن واشتغال الناس بها عنه ^(١)

ولم يقف الأمر به عند هذا الترك ، بل تخطاه إلى نهيهم عن كثرة الرواية وتخفيفهم من ذلك . وبعد هذا كان يتشدد في قبول الحديث - كما سبقت الإشارة إليه .

ثم عرضت هذه الفكرة للخليفة المادل عمر بن عبد العزيز في أواخر حياته

(١) جاء في كتاب بيان العلم لابن عبد البر ج ١ ص ٦٤ بهذا الشأن ما يلي :

روى عروة بن الزبير أن عمر بن الخطاب أراد أن يكتب السنن واستشار فيه أصحاب رسول الله ، فأشار عليه علمتهم بذلك فلبث شهراً يستخير الله في ذلك شاكاً فيه ، ثم أصبح يوماً وقد عزم الله له ، فقال : إني كنت ذكرت لكم من كتابة السنن ما قد علمتم . ثم تذكرت فإذا أناس من أهل الكتاب من قبلكم قد كتبوا مع كتاب الله كتاباً فأكبوا عليها وتركوا كتاب الله ، وإني والله لا ألبس كتاب الله بشيء فترك كتابة السنن » .

ففي سنة ١٠٠ هـ أمر أبا بكر ابن حزم قاضي المدينة ^(١) أن يجمع السنة فامثل ولكن الخليفة توفي بعد عام واحد في سنة ١٠١ هـ ، والعام لا يكفي لتحقيق هذا الطلب حينذاك ، ولم يمن من جاء بعده من خلفاء بني أمية هذا الأمر لاشتغالهم بالسياسة وإدارة الحكم . إذا استثنينا ما روى عن هشام بن عبد الملك أنه لما تولى الحكم سنة ١٠٥ هـ حث ابن شهاب الزهري على تدوين الحديث ، بل قيل إنه أكرهه على ذلك ، وتوفي هشام سنة ١٢٥ هـ ،

وفي عهد العباسيين جمعت السنة ، وابتدأ تدوينها في منتصف القرن الثاني - تقريباً - ففي مكة والمدينة والشام ومصر والكوفة والبصرة ، وكل بلد إسلامي وجد به علماء دونوا السنة ، أمثال الإمام مالك بالمدينة ، والإمام الأوزاعي بالشام ، والإمام الليث بن سعد بمصر ، وسفيان الثوري بالكوفة إلا أن هذه المجموعات لم يصلنا منها إلا القليل ، مثل كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس وهو يعطينا صورة عن الكتب التي ألقت في السنة حينذاك ، وهي أنها كانت خليطاً من الأحاديث ، وأقوال الصعابة ، وفتاويهم ، ولم يمن أصحابها بالسنة عناية من جاء بعدهم ممن تخصص في جمع الأحاديث وترتيبها .

تلك هي الخطوة الأولى في جمع السنة ، ثم تلتها الخطوة الثانية ، وفيها عني أصحابها انفراد حديث رسول الله عن فتاوى الصعابة ، وأقوال التابعين وكانت هذه الخطوة على رأس المائتين ، ولكنها ابتدأت بطريقة المسانيد ، وهي جمع أحاديث كل صحابي على حدة في جميع الأبواب ، وهذه وإن كانت جردت الأحاديث من غيرها إلا أنها لم تقرد الصحيح من غيره .

وفي القرن الثالث ظهرت طريقة جديدة وهي تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها ، والبحث عن الرواة ، فكان هذا أزهى عصور الحديث ، وفيه ألف

(١) تولى قضاء المدينة سليمان بن عبد الملك ولعمرو بن عبد العزيز وتوفي سنة ١٢٠ هـ .

البخاري المتوفي سنة ٢٥٦ هـ ، ومسلم بن الحجاج المتوفي سنة ٢٦١ هـ صحيحهما^(١) وأبو داود المتوفي سنة ٢٧٥ هـ ، وابن ماجه المتوفي سنة ٢٧٥ هـ ، والترمذي المتوفي سنة ٢٧٩ هـ ، والنسائي المتوفي سنة ٣٠٣ هـ ، سننهم . وكتب هؤلاء هي المعروفة بالكتب الستة ، ويلحق بها مسند الإمام أحمد المتوفي سنة ٢٤١ هـ .

ولقد كان عدم تدوين السنة سبباً من أسباب وضع الأحاديث ، والكذب على رسول الله ، فظهرت طائفة من الناس تؤلف المقالات ، وتنسبها إلى رسول الله ، لأسباب عديدة^(٢) . مما دعا العلماء إلى زيادة العناية بالسنة .

(١) مكث البخاري في تأليف كتابه ست عشرة سنة وأخرجه من ٦٠٠ ألف حديث وعدد أحاديثه كما قال الحافظ ابن حجر في شرحه ٣٥١٣ .

أما مسلم فآلف كتابه من ٣٠٠ ألف حديث مسموعة وبلغت أحاديثه أربعة آلاف حديث دون المذكور .

(٢) منها الخصومة السياسية التي وقعت بين الشيعة وغيرهم ، وبين الأمويين والعباسيين .

والتنافس بين العرب والموالي أدى إلى وضع أحاديث فضل العرب على العجم وبالعكس . والتعصب للمذاهب الفقهية والكلامية أدى إلى وضع أحاديث في فضل الأئمة ، ومنها التساهل في باب الفضائل والترغيب ، كما حكى عن نوح بن أبي مريم أنه وضع أحاديث فضل سور القرآن فلما سئل عن ذلك قال : لما رأيت اشتغال الناس بفقهِ أبي حنيفة ومغازي محمد بن إسحاق واعرضوا عن حفظ القرآن وضمت هذه الأحاديث حسبة لله تعالى .

ومنها التقرب إلى الحكام بوضع ما يوافق هواهم ، كالذي حكى عن غياث بن ابراهيم أنه دخل على المهدي بن النصور وكان يمجبه اللعب بالحمام ، فروى له حديث لا سبق إلا في خف أو جناح (أو جناح) فأمر له بمشرة آلاف درهم ولما خرج قال : « أشهدات ففأك قفا كذاب ما قال رسول الله أو جناح ، ولكنه أراد ان يتقرب إلينا » ثم أمر بالحمام فذبح (السبق بفتح الباء وهو الرواية الصحيحة - ما يجعل للسابق على سبقه من جعل أو نزال ، أما السابق بسكون الباء فهو مصدر سبقت الرجل أسبقه سبقاً ، والمعنى ان الجمل لا يستبق إلا في سباق الخيل والأبل وما في معناهما في ذلك الوقت من الرمي وغيره ، لأن هذه الأمور كانت عدة القتال يومئذ . ويلحق بها كل ما استحدث من معدات القتال كالطائرات والصفحات وغيرها ، =

والدفاع عنها ، وكشف حيل المحتالين ، وفضح أعمال الكذابين ، فوضعوا القواعد لقبول الحديث أو رده .

كما كان سبباً في انقسام الأحاديث باعتبار كثرة رواها وقلتهم إلى أحاديث متواترة ، وأخرى غير متواترة ، وهذه تنوعت باعتبار مركز راويها ومقدار الثقة فيه إلى أحاديث صحيحة وأخرى حسنة ، وثالثة ضعيفة ، كما تنوعت باعتبار ما أخرى إلى أحاديث موصولة وأخرى منقطعة ، وأحاديث مرفوعة وأخرى مرسلة أو موقوفة ، وغير ذلك مما هو معروف في علم مصطلح الحديث .

ومن هنا لم يكن ثبوتها كثبوت القرآن ، لأنه نقل كل بطريق التواتر القطعي فكان مقطوعاً بأنه كلام الله ، وأما السنة فقد كان منها المنقول بطريق التواتر ، ومنها المنقول بطريق الشهرة ، ومنها المنقول بطريق الآحاد بعضه

= والسباق بموضع مشروع إذا كان من جانب واحد من المتباينين أو كان الجمل من أجنبي لأحدهما يسبق . أما إذا كان من الجانبين وليس بينهما ثالث فلا يجوز لأنه قبار .
وتروى هذه القصة بأن الرشيد كان يمجبه اللهو بالحمام فأهدي إليه حمام وعنده أبو البعري القاضي . فولى قضاء المدينة ثم ولي قضاء بغداد بعد أبي يوسف وقرني سنة ٢٠٠ في خلافة للمأمون . فقال : روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا سبق إلا خف أو حافر أو جناح ، فزاد أو جناح وهي لفظة وضعها الرشيد فأعطاه جائزة سنوية ولما خرج قال الرشيد : لقد علمت أنه كذاب وأمر بالحمام أن يذبح فقبل له : وما ذنب الحمام قال : من أجله كذب على رسول الله .

وأخيراً القصص إلى الفساد هذا الدين من الحاقدين عليه الذين دخلوه تقية ، فلقد روي أن عبد الكريم بن أبي العوجاء الوضاع لما أخذ لتضرب عنقه بعد أن اشتهر عنه ذلك قال : وضعت فيكم أربعة آلاف حديث أحرم فيها واحلل .

ولقد تنبه العلماء المخلصون إلى هذه الظاهرة فامتنعوا عن سماع تلك الأحاديث ولم يقبلوا إلا ما دققوا بصحته ، ثم وضعوا قواعد الجرح والتعديل لترزق بها الأحاديث ، ويظهر أن هذا الوضع بدأ في عهده الصحابة لما واه مسلم بسنده أن يشير المدوي جساء إلى ابن عباس فجعل يحدث ويقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال فجعل ابن عباس لا يأذن لحديثه ولا ينظر إليه فقال : يا ابن عباس مالي لا أراك تسمع لحديثي ؟ أجدئك عن رسول الله ولا تسمع ، فقال ابن عباس : إنا كنا مرة (زمناً) إذا سمعنا رجلاً يقول قال رسول الله ابتدته إبطاراً واصفينا إليه بآذاننا فلما ركب الناس للصعبة والنول لم تأخذ من الناس إلا ما نعرف .

موصول السند ، وبعضه خير موصول . الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في كون السنة تعتبر مصدراً تشريعياً كالقرآن أو لا .

وقد اتفق جمهور المسلمين على اعتبار السنة مصدراً من مصادر التشريع تلي القرآن في المرتبة ، لأنهم ما كانوا يلجئون إليها إلا إذا لم يجدوا نصاً في كتاب الله أو وجدوه مجملًا غير مفصل ، وإن اختلفوا في شروط اعتبارها .

وقد تقدم عند الكلام على المذاهب ما يشرطه كل إمام في الحديث الذي يعمل به .

وخالف في ذلك طائفة شذت ، فذمبت إلى أن السنة لا يعمل بها إلا إذا وافقت القرآن ، مستندين إلى حديث طعنه العلماء بأنه موضوع مكذوب على رسول الله وهو : « ما أتاكم عني فاعرضوه على كتاب الله فإن وافق كتاب الله فأنفذوه ، وإن خالف كتاب الله فأنام آخه . وكيف أخالف كتاب الله وبه هداني الله ، فلقد قال فيه عبد الرحمن بن مهدي : الزنادقة والخوارج وضعوا ذلك الحديث ، وقال قوم : إننا عرضنا هذا الحديث على كتاب الله — كما يقول أصحابه — فوجدناه مخالفاً له ، لأننا وجدنا كتاب الله يأمر بطاعة الرسول ، ويحذر من مخالفته ، ويطلق التأمي به ^(١) .

(١) أنظر الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٨ و ١٩ ، وكتاب (إيساطهم أدلي الأبطال ص ٨٤) للشيخ المحدث الفلاني نسبة إلى فلان قتيبة في السودان للترفي سنة ١٢١٥ هـ . ولقد روى أبو يوسف في كتابه الرد على سير الأوزاعي ص ٢٥ وما بعدهما هذا الحديث بصدد تأييد منعه في الاقتصار من الأحاديث على ما اشتهر منها ، فهو يقصد أن حديث الآحاد لا يقبل إلا إذا وافق كتاب الله وما اشتهر من أحاديث رسول الله ، يؤيد ذلك أن الملق على الكتاب العلامة أبو الوفا الأصفهاني ذكر عدة روايات لهذا الحديث جاء فيها رواية تقول (إنه سيأتيكم عني أحاديث مختلفة فما أتاكم موافقاً لكتاب الله رستي فهو مني . وما أتاكم مخالفاً لكتاب الله رستي فليس مني) ، ثم نقل عن الممتصر من المختصر من مشكل الآثار ص ٦٢ أن الضحاوي قال : والحاصل أن الحديث المروي إذا وافق الشرع وصدقه القرآن وما تظاهرت به الآثار ووجود معناه في ذلك وجب تصديقه ، لأنه إن لم يثبت القول بذلك اللفظ فقد ثبت أنه قال معناه بلفظ آخر . وإن كان الحديث المروي مخالفاً للشرع يكذبه القرآن والأخبار المشهورة وجب أن يدفع ويعلم أنه لم يقله وهذا ظاهر .

وهذه الطائفة المشككة انقضت وأرغى عليها التاريف ستار النسيان
والحمد لله .

والدليل على اعتبار السنة مصدراً تشريعياً ما جاء في القرآن من الآيات
الدالة على ذلك منها :

قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »^(١) وقوله :
« وأطيعوا الله والرسول » ، وقوله : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن
تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم »^(٢) .

وأخيراً يقول رسول الله : « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما
كتاب الله وسنتي » .

(١) الحشر - ٢٧ (٢) النور - ٦٣ .

المصادر التبعية . النوع الأول :

١ - الإجماع^(١)

تعريفه . إمكان تحققه . محل دلالته .
أنواعه . أمثلة مما ثبت به .

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر الفقه الإسلامي ، والملاء مختلفون في تعريفه ، وأحسن ما قيل فيه : « إنه اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من المصور على حكم شرعي .

ومعنى ذلك . أن تقع حادثة بعد عصر الرسول لا يوجد نص صريح في حكمها فيجتهد فيها المجتهدون كلهم . سواء أكانوا مجتمعين في مكان واحد أم غير مجتمعين ، ثم ينتهي اجتهادهم إلى التوافق في النتيجة واتحاد الحكم .

وكما اختلفوا في التعريف اختلفوا في إمكان تحققه .

والذي نراه في هذا الأمر المختلف فيه ، أنه كان يمكن التحقق في عهد الخلفيتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لقلّة عدد الفقهاء المجتهدين ، واجتماعهم في بلد واحد . وإمكان معرفة رأي من كان خارج المدينة ، وتقرر مبدأ الشورى بينهم ، ومع كل ذلك فقد ثبت أن بعض ما قيل إنهم أجمعوا عليه كان رأي الأغلبية .

(١) اخترنا ان يكون الاجماع من المصادر التبعية . لأننا نريد بها ما جاء عن طريق الاجتهاد ، وهو محتاج دائماً الى دليل يستند اليه .

وأما بعد هذا المصير فقد تفرق العلماء في الأمصار الإسلامية ، وزاد هذا التفرق ما جد من الأحداث السياسية ، وغير السياسية التي يتعذر معها الاتفاق أو على الأقل يتعذر معها معرفة رأي كل المجتهدين في المسألة ^(١) .

ثم إن الاتفاق وقع على مسائل هي معلومة من الدين بالضرورة ، وهي التي ثبتت بالقرآن ، أو بالسنة المتواترة ثبوتاً قاطعاً لا شك فيه ، مثل فرضية الصلاة وكونها خمساً ، وفرضية الزكاة والحج ، وصوم رمضان . وما شابه ذلك مما اتفق عليه المسلمون جميعاً ، والإجماع في أمثال هذه المسائل لا يعتبر دليلاً لأنها ثابتة قبله بأدلة قطعية متواترة لا شبهة فيها .

وإنما يعتبر دليلاً في المسائل الاجتهادية التي لا يوجد لها دليل قاطع ، بل وجد لها دليل ظني سواء أكان حديثاً أم قياساً ، فإذا اجتهدوا واتفقوا على دلالة هذا الدليل الظني أفادنا ذلك الاتفاق أن مدلول هذا الدليل هو مراد الشارع ، وانتقلت دلالته من الظنية إلى القطعية .

وبعد هذا فالإجماع كما يقول علماء الأصول نوعان : صريح ، وسكوتي الأول : أن يتفق كل المجتهدين بالقول أو بالفعل على حكم شرعي مجتهد فيه ، وهذا لا نزاع في حجته عند جمهور المسلمين متى وجد .

(١) من أجل ذلك لم يحزم الإمام الشافعي بتحقيقه مع اعترافه به كدليل إن وجد فيقول في رسالته ص ٣٤ : « لست أقول ولا أحد من أهل العلم يقول هذا جمع عليه إلا لما تلقى علماً أبداً إلا قاله لك » وحسبك عن من قبله ، كالظاهر أربع وكبحرهم الحجر ، وما أشبه ذلك .

ويوافقه الإمام أحمد بن حنبل في هذه الدعوى فيقول : « ما يدعى فيه الرجل الإجماع فهو كذب ، من ادعى الإجماع فهو كاذب ، لمسل الناس اختلقوا ، وفي رواية أخرى يعتبر الإجماع دليلاً ولكنه يكتفي باتفاق الأكثر مع مخالفة الأقل . . . وليس بين الروايين تنافض ، لأن الأولى تحيل اتفاق الكل عادة ، والثانية تعتبر اتفاق الأكثر وهو التصور وقوله في العادة .

الثاني : أن يتكلم البعض بالحكم ويسكت الباقر من غير موافقة أو مخالفة صريحة ، أو يفعل البعض الشيء ، ويسكت الباقر كذلك .

وهذا النوع مختلف فيه . فمن الفقهاء من اعتبره دليلاً ، لأنه يعتبر السكوت موافقة على ما صدر من البعض ولو كان غير صواب لأنكروا عليهم وبينوا خطاهم .

ومنهم من لم يعتبره دليلاً معلين ذلك بأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غيرها ، ولا دلالة مع الاحتمال ، وعلى كل حال فأهل السنة من المسلمين يعتبرون الإجماع دليلاً^(١) شرعياً ، ومصدراً من مصادر الفقه الإسلامي متى تحقق بعد عصر الرسالة .

والشيعة يوافقون على اعتباره دليلاً ، لكنهم جعلوا أهل الإجماع العلماء منهم فقط ، فالاعتبار في تحقيقه هو اتفاق علمائهم وافقهم غيرهم أولاً .

بل إنهم يشترطون في تحقيقه أن يكون الإمام المصوم مع الجمعين وهو يجعل الإجماع عديم الفائدة لأن قول الإمام هو الحجة وحده .

وأما الخوارج فلا يعترفون بالإجماع ، لأنهم خرجوا على الجماعة ، وحكم

(١) لم تنفرد الشريعة الإسلامية باعتبار الإجماع مصدراً من مصادر التشريع ، بل الشرائع الرضوية اعتبرته كذلك . بل هو عندهم أساس لكل القوانين تشريعاً وتطبيقاً ، ألا ترى أن القوانين لا تصدر إلا بموافقة أغلبية الهيئات التشريعية ، وأن النظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء لها قوة ملزمة وإن لم يصدر بها تشريع . وأن القوانين الرضوية تجمل الحكم عند تعدد القضاة واختلافهم لرأي الأغلبية ، وعند اختلاف دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية ، أو تفسير النصوص يكون الحكم أغلبية قضاة الدوائر مجتمعين . هذا من غير شك لا يقارب الإجماع الذي صورته العلماء المسلمون ، ومع ذلك اعتبروه ملزماً .

غلاتهم بتكفير علي وعثمان والحكمين وكل من رضي بالتحكيم .

ومن أمثلة ما ثبت من الأحكام بالإجماع .

توريث الجد السدس عند عدم الأب مع وجود الإبن ، فإنه ثابت بإجماع الصعابة ، وكذلك حكمهم بمشاركة الجدة لأب للجدة لأم في السدس إذا كانت كل منها وارثة ، وكذلك تحريم شحم الخنزير ، فإن القرآن حرم لحمه ، ولم يعرض للشحم ، وكذلك إجماع الصعابة على جمع القرآن في مصحف واحد في زمن أبي بكر ، ومثله زيادة الأذان للثاني يوم الجمعة على الزوراء ، وهي دار في سوق المدينة في عهد عثمان لما كثرت المسلمون .

٢ - القياس

تعريفه . أركانه . مرتبته بين الأدلة . أمثلته .

القياس : إلحاق ما لا نص فيه ولا إجماع بما فيه نص أو إجماع في الحكم الشرعي الثابت للنصوص عليه لاشتراكها في علة هذا الحكم ، ومعنى هذا . أن توجد حادثة لم يرد في حكمها نص خاص ، فتلحق بحادثة أخرى مشابهة لها قد ورد فيها نص أو ثبت حكمها بالإجماع فيثبت حكم الحادثة المنصوص عليها للحادثة الأخرى إذا وجدت علة الحكم فيها .

وله أربعة أركان :

١ - المقيص عليه : وهو الحادثة التي ورد النص ببيان حكمها ، ويسمى الأصل .

٢ - المقيص : وهو الحادثة التي لم يرد فيها النص أو لم يثبت فيها إجماع ، ويراد معرفة حكمها ، ويسمى الفرع .

٣ - الحكم : وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل الذي يثبتته المجتهد للفرع بعد أن كان ثابتاً في الأصل بالنص أو بالإجماع .

٤ - العلة : وهي الوصف الذي شرع لأجله الحكم في الأصل ، وتبين وجوده في الفرع . ومن أجله ثبت الحكم له .

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة ، وهو يختلف فيه ، ولكن جمهور الفقهاء يذهبون إلى اعتباره ، وإن كان ثابتاً للأدلة الأخرى ، لأنه لا يثبت به حكم إلا إذا ثبت الحكم في الأصل بدليل من الأدلة الثلاثة السابقة ، ولذلك قالوا عنه إنه أصل من وجه و فرع من وجه .

ومع هذه التبعية وتأخره في المرتبة فهو أوسع دائرة من الأدلة السابقة ، لأن النصوص من القرآن والسنة على كثرتها لم تثبت أحكام كل الحوادث ، بل بعضها فقط ، والإجماع قليل الحصول لاختلاف المجتهدين ، وتباعد أماكنهم . والقياس لا يشترط فيه اتفاق المجتهدين ، بل هو عمل فردي لكل مجتهد ، والحوادث تتجدد كل يوم ، وتختلف باختلاف البلدان ، وليس لها من دليل غير القياس الذي يلحقها بما هو منصوص عليه أو يجمع عليه .

ومن أمثلة القياس الشرعي :

١ - جاء النص بكرامية البيع وقت النداء للصلاة يوم الجمعة ، وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسموا إلى ذكر الله وذروا البيع » ^(١) . والملة في ذلك هي أن البيع في هذه الحالة يشغل الإنسان عن الصلاة ، ففاس الفقهاء على البيع كل ما يشغل بالإجارة والرهن ، وكل معاملة وأعطوها حكم البيع .

٢ - ورد النص بعدم إرث القاتل لمورثه المقتول ، وهو حديث . « لا يرث القاتل » ، والملة في ذلك هي أن القاتل يستعجل الإرث قبل أوانه ، فيرد عليه قصده ، ففاس الفقهاء على ذلك قتل الموصى له الموصي فمنعوه من استحقاق المال الموصى به ، الأصل هنا الوارث القاتل ، والفرع الموصى له القاتل ، والحكم هو

(١) الجمعة - ٩

حرمانه من الحق الذي كان ثابتاً له ، والملة استعجال كل منها أخذ الحق قبل أوانه .

٤ - ورد النص في اعتبار سكوت الفتاة البكر عند عقد الزواج إذا استأذنها وليها رضا منها ، وتوكيلاً له ، وهو حديث « البكر تستأذن وإذنها صماتها » فقام الفقهاء على ذلك سكوتها عند علمها بتزويج الفضولي لها . واعتبروه إجازة لهذا العقد ، وكأنه توكيل سابق .

٤ - ورد النص بتحريم الخمر وهو النبيء من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، فقام الفقهاء عليها كل مسكر من غير ماء العنب لوجود العلة ، وهي الإسكار .

النوع الثاني :

١ - الاستصلاح أو المصالح المرسلة

معنى المصلحة ، أنواعها . المتفق عليه منها
والمختلف فيه ، أمثلتها . موقف الأئمة منها .

تمهيد : قصد الشارع بشرعية الأحكام تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم ، والمصالح هي المنافع ، والمفاسد هي المضار ، وأن الشارع عند شرعه للأحكام أباح ما غلبت منفعته ، وحرم ما غلبت مفسدته ، ولم يسر مع رغبات الناس وأهوائهم ، يدل لذلك قوله تعالى : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض » (١) . وقوله : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » (٢) .

وعلى هذا انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع :

الأول : ما قام الدليل الشرعي على اعتبارها وأمثلته كثيرة ، منها حفظ النفس الذي شرع من أجله القصاص ، وتحريم الاعتداء عليها ، وحفظ المال الذي حرم أكله بالباطل ، وأوجب ضمانه عند التعدي ، وحفظ العقول الذي دل على رعايتها تحريم الخمر وسائر المسكرات .

الثاني : ما قام الدليل على إلغائها ، ومثاله الاستسلام إلى العدو فقد يظهر لأول نظرة أن فيه مصلحة ، وهي حفظ النفس من القتل ، ولكن هذه المصلحة

(١) المؤمنون - ٧١ . (٢) المائدة ٤٩ .

لم يعتبرها الشارع ، بل ألفاها لمصلحة أرجح منها . وهي احتفاظ الأمة بالعزة والكرامة ، وفي الاستسلام مفسد كثيرة ، فدفع العدو بالقتال دفع لهذه المفسد وجلب المصالح العظيمة .

الثالث : ما لم يقد دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها ، وهذا النوع يسمى بالمصالح المرسله ، وسميت مرسله ، لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها ، ومن العلماء من سمى هذا الدليل بالاستصلاح . ومعناه « العمل بالمصلحة » ومثالها : قضاء الصحابة بتضمين الصناع ، فإذا دفع شخص لواحد من هؤلاء ثوباً أو غيره ، ثم هلك ، ولم يقد البينة على أنه تلف بغير سبب منه فيقضى على الصانع بضائه عملاً بالمصلحة ، ووجه المصلحة في هذا أن الناس يحتاجون إلى التعامل مع هؤلاء ، وهم يفتبون الأمتعة عن أعين أصحابها . وليس من شأنهم الاحتياط في حفظها ، فمن المصلحة تضمينهم لتلا تضييع أموال الناس ، وفي هذا يقول علي كرم الله وجهه : « لا يصلح الناس إلا ذاك »^(١)

ومن هذا النوع قتل الجماعة بالواحد . فإنه لم يرد دليل خاص باعتباره أو إلغائه ، فلم يقتل الجماعة بالواحد عند اشتراكهم في قتله لأدى ذلك إلى إهدار الدماء .

ومن ذلك جمع المصحف في زمن أبي بكر ، وتوحيد في زمن عثمان ، وحق ولي الأمر في فرض ضريبة على الأغنياء إذا اقتضت مصلحة الدولة ذلك .

(١) ولما كان هذا عمل اجتهد اختلف أئمة الحنفية فيه ، فأبو حنيفة لا يقول بضائه إلا بالتمدي ، فلو هلك بسبب لا تمدي فيه ولو كان يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان ، لأن سبب الضمان أحد أمرين : المقدار التمدي . وخالف أبو يوسف ومحمد فذهبوا إلى تضمينهما كما أفتى علي كرم الله وجهه . يقول فخر الإسلام في أصوله ج ٣ ص ٩٢٧ : وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير إنه ضامن ، وردياً ذلك عن علي ، وخالف ذلك أبو حنيفة بالرأي » .

موقف الأئمة من هذا الدليل : اختلف الأئمة في هذا الدليل. فمنهم من رده ومنهم من عمل به ، وبعض العلماء ينسب العمل به إلى الإمام مالك مدعياً أن غيره من الأئمة لم يعمل به ، والحق أن كثيراً من الأئمة اعتبروه ، والاختلاف بينهم إنما هو التوسع فيه ، ولا شك في أن الإمام مالكا هو الذي توسع فيه أكثر من غيره .

ولكن ينبغي التنبيه إلى أن من عمل بالمصلحة من الأئمة لم يعمل بها مطلقاً من القيود ، بل قيدها بشروط يقرها من الأصول الشرعية ، فمن الشروط التي شرطوها :

١ - أن تكون المصلحة محقة ، فلا يصح العمل بها في أمر موهوم .

٢ - أن تكون عامة . على معنى ألا تكون قاصرة على شخص معين .

٣ - أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على العقول السليمة قبلتها .

ومع هذه الشروط لا يوجد محل للطعن في العمل بالمصالح بما قيل : إن إباحة العمل بها يفتح الطريق أمام العوام للتصرف في أحكام الشريعة على حسب أهوائهم ، وأنه يفضي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة .

أقول لا محل للطعن بذلك ، لأن تلك الشروط تخرجها عن أن تكون في متناول العلماء الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد فضلاً عن العوام .

واختلاف الأحكام باختلافها ليس عيباً ، بل هو من محاسن الشريعة لأن كل مجتمع يفي بالمصلحة التي تناسب البيئة التي يعيش فيها بعد تقدير ظروفها وملايساتها .

٢ - الاستحسان

آراء الأئمة فيه . حقيقته . أمثلته
الفرق بينه وبين المصالح المرسلة .

هذا المصدر مختلف فيه بين الأئمة ، فقد أنكره الشافعي أشد الإنكار في كتابيه الأم ، والرسالة ، حتى قال فيه قوله المشهورة : « من استحسّن فقد شرع » ، واعتبره الأئمة الثلاثة . أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد بن حنبل ^(١) .

وهذا الخلاف لا حقيقة له ، لأن الاستحسان الذي نفاه الإمام الشافعي ليس هو الذي جمعه غيره دليلاً ، حيث إن كلامه يدل على أنه قول بالهوى من غير سند شرعي ولما وضعت حقيقة الاستحسان على يد تلاميذ أبي حنيفة وأتباعه سلم به أتباع الشافعي .

ولقد نقل في تعريف الاستحسان عبارات كثيرة أحسنها في نظري ما قاله أبو الحسن الكرخي من الحنفية .

(١) قال ابن العربي من المالكية : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، وقال القاضي من الحنابلة : الاستحسان ملهّب أحد بن حنبل ، وهو أن يترك حكم إلى حكم هو أولى منه ، وهذا لا ينكره أحد . وقال الشاطبي المالكي : إن موضع الاستحسان إذا كان العمل بالقياس يؤدي إلى فوت مصلحة أو جلب مفسدة فيجب تركه حينئذ لما فيه من المخرج ، والله يقول : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وروى الإمام مالك أنه قال : « الاستحسان تسعة أعشار العلم » ، وقال أصبغ « الاستحسان عماد العلم » .

« إنه المدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا المدول »

ومعنى ذلك أن يوجد في المسألة دليان ، أحدهما عام أو ظاهر ، والآخر خاص أو خفي ، فكان مقتضى الظاهر أن تأخذ حكم نظائرها بما دل عليه الدليل الظاهر ، ولكن بعد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح ، فعدل بها عن حكم نظائرها إلى حكم آخر .

هذا وعلماء الحنفية يثبتون للاستحسان أنواعاً أربعة : استحسان السنة ، والإجماع ، والقياس الحقي ، والضرورة ، ومن تتبع فقههم يجد أنواعاً أخرى^(١) ويظهر أن الحنفية لما وجدوا غيرهم طعنوهم في العمل بالاستحسان توسعوا فيه حتى جعلوه شاملاً لأنواع من الأدلة المعترف بها من الجميع كالسنة والإجماع .

وليس هنا مجال بسط الكلام في ذلك ، ولكننا سنقتصر على ذكر بعض الأمثلة للتوضيح :

١ - قرر الفقهاء أن الشخص إذا وقف أرضاً زراعية على جهة بر غرات حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل في الوقف ولو لم ينص في وقفه على ذلك ، مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما في بيع الأرض حيث لا تدخل في المبيع إلا بالنص عليها ، ووجه الاستحسان ، أن الوقف لا يفيد ملك الموقوف عليه للمال الموقوف ، وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط ، والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق ، كما في عقد الإجارة

(١) راجع رسالتنا « تعليل الأحكام في بحث الاستحسان »

فهنا قياسان . قياس ظاهر ، وهو إلحاق الوقف بالبيع ، من جهة أن كلا منها يفيد إخراج المال من ماله ، وقياس خفي ، وهو إلحاقه بالاجارة من ناحية أن كلاهما مقصود به الانتفاع ، فرجحوا الثاني .

٢ - قرروا تضمين الأجير المشترك كالحائك والصباغ إذا هلك الشيء في يده بدون سبب ظاهر ، فإن تضمينهم ثبت استحساناً على خلاف القياس الذي يقتضي عدم التضمين ، لأن المال في يده أمانة ، كالوديعة في يد المودع ، والمال المشترك في يد أحد الشركاء ، والمال المستأجر في يد المستأجر ، والأمين غير ضامن إلا إذا تعدى .

٣ - جواز الاستصناع والسلم استثناء من قاعدة بيع المذموم المنهي عنه .

والاستحسان في الحقيقة طريق للخروج من مأزق اطراد القواعد الموقف في الحرج ، فهو يرجع إلى قاعدة رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ولهذا روى عن الإمام مالك أنه قال « الاستحسان تسعة أعشار العلم » ^(١) .

تنبيه : إذا نظرنا إلى التفريقات التي فرعوها على كل من الاستحسان والمصالح المرسلة خصوصاً في مذهب الإمام مالك نجد توافقاً ، بل اتحاداً في بعض الأمثلة ، فتضمين الصانع جعله الإمام مالك من باب المصالح ، والحنفية جعلوه من باب الاستحسان . والسبب في ذلك كما يقول الشاطبي في الاعتصام ^(٢) أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة .

والذي يؤخذ من تتبع مواضع الاستحسان ، والمصالح المرسلة أن المصلحة أعم من الاستحسان ، فإذا كان الأخذ بالمصلحة في مقابل قاعدة عامة اعتبر ذلك استحساناً ، وإن لم يكن فيه مخالفة للقياس لم يكن استحساناً .

(١) الروافد ج ٢ ص ٣٠٧ (٢) ج ٢ ص ٣٢٤

٣- العرف

معناه . الفرق بينه وبين العادة . أنواعه . الاعتبار منها ودليل اعتباره . شروطه . تعارضه مع النصوص . تعارضه مع ما ثبت بالاجتهاد . تغير الأحكام تبعاً لتغير الأعراف .

العرف هو ما تعارفه جمهور الناس وساروا عليه ، سواء كان قولاً أو فعلاً أو تركاً ، ومن العلماء من يسوي بين العرف والعادة لأنها ما اعتاده الناس من قول أو فعل .

والتحقيق أن العادة أعم العرف ، فهو نوع منها ، لأن العادة هي الأمر المتكرر مأخوذة من العود ، أو المعاودة بمعنى التكرار ، فإذا فعل إنسان فعلاً من الأفعال ، وتكرر منه حتى أصبح سهلاً عليه إتيانه ، وشق عليه تركه ، سمي ذلك عادة له ولذلك قيل : « العادة طبيعة ثانية » ^(١) وكما يكون الشيء من فرد يكون من الجماعة ، وتسمى الأولى عادة فردية ، كما تسمى الثانية . عادة جماعية والعرف لا يصدق إلا على النوع الثاني .

(١) معنى ذلك أن العادة ما يقرب من قوة الطبيعة ، وهي ما فطر الناس عليه منذ خروجهم من بطون أمهاتهم ؛ كالسمع بالأذن والبصر بالعين والبطش باليد ، فلا سأل إنسان أن يصر بأذنه أو يسمع بعينه ما استطاع إلى ذلك سبيلاً . كذلك العرف وهو الأمر المعتاد من قديم الزمان لا يستطيع الإنسان الخروج عليه ، ولذلك قال الفقهاء : « زني نزع الناس من عادتهم خرج بين » وكانت مهمة الرسل والمصلحين شاقة لأنهم يماريون العادات الفاسدة في أقوامهم .

فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفاً ، بل لا بد في تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب ، لا فرق بين علمائهم وعامتهم ، وبهذا يفارق العرف الإجماع ، فإنه كما سبق اتفاق المجتهدين ، ولا دخل لغيرهم فيه .

أنواعه : يتنوع العرف إلى أنواع فينقسم إلى قولي وفعلي .

فالقولي : كتمارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه في اللغة يشمل النوعين ، والقرآن جاء به كذلك في قوله تعالى : « ولستم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد » (١) .

وكتمارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن اللغة لا تمنع ذلك ، بل القرآن سماه لحماً في قوله تعالى : (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (٢) .

ومثل وضع القدم في دار فلان ، فإن هذا اللفظ معناه وضع القدم الواحد

ولكن العرف صرفه إلى الدخول ، فلو حلف إنسان : لا يضع قدمه في دار فلان ، ثم دخلها راكباً ، فإنه يحنث ببناء على العرف ، ولو مد رجله فوضعها فيها وهو خارج عنها لا يحنث .

ومنه قول الشخص : علي المشي إلى بيت الله ، فإن العرف يصرفه إلى إيجاب حجة أو عمرة .

والفعلي : كتمارفهم بيع التعاطي من غير لفظ وتمارفهم تقديم جزء من

(١) النساء : ١٢١ (٢) النحل : ١٤

المهر وتأجيل باقيه إلى أبعد الأجلين « الطلاق والموت » وتعارفهم تمجبل
الأجرة قبل استيفاء المنفعة .

وينقسم ثانياً إلى عام وخاص

فالعام : ما كان منتشراً في جميع البلدان .

والخاص : ما كان سائداً بين بعض البلدان دون باقيها ، أو كان بين طائفة
دون غيرها من الطوائف .

وأخيراً ينقسم إلى صحيح وفاسد .

فالصحيح : هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة وإن لم يرد نص خاص
في موضعه .

والفاسد : هو الذي يكون مخالفاً لقواعد الشريعة ، أو مبطلاً للنصوص ،
كتعارف الناس كثيراً من المنكرات ، مما يفعلونه الآن في المآتم والأفراح
والموالد ، والتعامل بالربا والقمار وشرب الخمر ، وخروج النساء ككاسيات
عاريات .

وليس كل هذه الأنواع معتبراً في نظر الشارع ، بل المعتبر هو العرف
الصحيح العام باتفاق الفقهاء ، كما اتفقوا على عدم اعتبار الفاسد مهما كان نوعه
واختلفوا في اعتبار الصحيح الخاص ، فمنهم من اعتبره لأن إداره يلحق
بأهله الحرج .

والدليل على اعتبار العرف في التشريع . ما ثبت من أن الرسول أقر بعض
ما تعارفه العرب إذا كان فيه مصلحة راجحة .

ومن العلماء من يستند في ذلك إلى ما رواه الإمام أحمد في مسنده « موقوفاً ،

عن عبد الله بن مسعود أنه قال : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ^(١) وبمض للفقهاء يرفع هذا النص إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٢) .

ومن هنا جاء في القواعد الفقهية قولهم « التمين بالمرف كالتمين بالنص » والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، « والعادة محكمة » ، والحقيقة تترك بدلالة المرف »

شروط اعتبار المرف : لكي يكون المرف معتبراً في نظر الشارع يشترط فيه ما يلي :

١ - ان يكون مطرداً في جميع معاملاتهم أو غالباً عليها ، فلو كانوا يتعاملون به في بعض الحوادث ، ويتركونه في البعض الآخر لا يعتبر لتعارض العمل والترك ^(٣) .

٢ - أن يكون ذلك المرف موجوداً عند إنشاء التصرف . فلو أنشأ شخصان تصرفاً من التصرفات ، ثم ثار نزاع بينهما فأن المرف الذي يحكم في هذا النزاع ويجعل فيصلاله ، ما كان موجوداً عند التصرف لا ما حدث بعد ذلك

(١) راجع إعلام الموقعين ج ١ صفحة ٧٤

(٢) في أصول السرغسي ج ١ ص ٢٩٩ : لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخيرة التي يتعاملها الناس قال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح .

(٣) الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٢٨ ، ومن تأمل هذا الشرط وجده لا يفيد شيئاً جديداً زائداً عن معنى المرف وحقيقته ، لأن المرف هو ما تعارفه جمهور الناس وساوروا عليه . وهذا لا يتحقق إلا بكونه مطرداً أو غالباً .

يقول صاحب الأشباه : (١) « والعرف الذي يحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن (٢) السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا : « لا عبرة بالعرف الطارئ » .

فلو حلف رجل لا يأكل لحماً وكان عرف الناس في بلده حينذاك أكل لحم البقر فقط فإنه لا يحنث إلا بأكل لحم البقر ، ولو أكل غيره من اللحوم فإنه لا يحنث . لأن العرف يفسر الألفاظ ، ولا عبرة (٣) باللفظة مع وجود عرف يخالف لها ، ولو فرض وتغير العرف بعد ذلك ، وأصبح اللحم المأكول لهم هو لحم الضأن فقط ، فإن هذا العرف لا يؤثر في اليمين السابق عليه ، وإنما يحكم فيما يحدث بعده من الأيمان .

ولو عقد زوجان عقد زواج ، ولم يصرحا بتمجيل المهر أو تأجيله ، فإنه يرجع في ذلك إلى عرف إقليتهم ، فإن كان العرف يقضي بتمجيل البعض ، وتأخير البعض الآخر ، ثم تغير العرف إلى تمجيل الكل ، ثم حصل نزاع بين الزوجين ، فإن العرف الحادث لا يحكم في هذا النزاع ، بل يحكم العرف السابق الموجود وقت العقد .

٣ - ألا يمارسه تصريح بخلافه .

فلو كان العرف الجساري في مسألة المهر تمجيل النصف وتأخير النصف

(١) جزء ١ ص ١٣٣ .

(٢) يقول شارحة « الحموي » تعليقاً على عبارة المقارن السابق : أي السابق لوقت اللفظ واستقر حتى صار في وقت الملقوظية ، وأما المقارن الطارئ فلا أثر له ، ولا ينزل عليه اللفظ السابق .

(٣) هذا عند الحنفية ، لأن السادة « العرف العملي » ينحصن النص عندهم خلافاً للشافعية فإنهم لم يعتبروه غرضاً فيبقى اللفظ على عمومه .

ثم إنه يلاحظ أن الحنفية يقولون : « إنه يحمل على المتعارف فيما إذا لم يكن المخالف نية التعميم » أما إذا نوى الموم فإنه يحنث بأكل أي نوع من أي أنواع اللحم . راجع التحرير وشرحه .

وشرطت الزوجة تعجيل كل المهر وقبل الزوج ذلك لا يعتبر العرف في هذه الحالة ، لأن العرف لا يلجأ إليه إلا إذا لم يوجد ما يفيد متصود العاقدین صراحة وركز التصريح من العاقدین يعتبر إحالة على دلالة العرف

وقد قالوا : « لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح » .

٤ - ألا يكون معطلا لنص أو مناقضاً لأصل شرعي قطعي .

فإذا كان الشيء المتعارف ورد النص بمنه لا يعتبر ، كما في تعارف الناس تجارة الخمر وشربها ، والتعامل بالربا وما شابه ذلك ، لأن في اعتبار العرف إهدار النص وإلغائه . وفتح هذا الباب يؤدي إلى نقض التكاليف كلها ، والشرعية إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأعرافهم ورغباتهم

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » (١)

وليس هذا في الشريعة بدعاً ، بل ذلك مألوف في القوانين الوضعية ، فإنها تمنع التعاقد أو التعامل بما يتعارض مع نصوص القانون ويلغيها وهي وإن كانت تعتبر العرف بعد نصوص التشريع إلا أنها لا تعتبر منه ما يخالف النظام العام والآداب العامة .

فإذا كان القانون يجبر على الناس المتعارف فيما يخالف النصوص ، أو يخالف النظام العام ، فأي غرابة في أن الشريعة لا تعتبر من الأعراف ما كان مبطلا للنصوص ، أو هادماً للقواعد القطعية العامة ؟

العرف والتخصص : إذا لم يكن التماز بين العرف والنص كلياً فإن العرف يخص النص كما ذهب إليه البعض .

(١) المؤمنون - ٧١ .

ومن ذلك ما قرروه في مسألة تعدد أصناف النوع الواحد من النقود ، وكان أحدهما أثقل من الآخر ، فهذا التفاوت في الوزن لا اعتبار له ما دامت القيمة واحدة ، وعلل ابن عابدين في رسالته ^(١) نشر العرف هذا : بأن الناس لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن ما لم يختلف به القيمة ، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل ، فيتمين الافتاء به تحريماً على رأي أبي يوسف في النص الملل بالعرف .

توضح ذلك : أن الحديث ورد باشتراط التساوي في الوزن ، وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والشعير بالشعير والبر بالبر والملح بالملح مثلاً يمثل يداً بيد والفضل ربا » ، وفي بعض الروايات « وزناً بوزن كيلاً بكيلاً والفضل ربا » والنقود من الموزونات . فكان مقتضى الحديث ألا يصح التبادل فيها إلا إذا تساوت أوزانها ولكنهم أجازوا ذلك لجريان العرف ما دامت القيمة متحدة .

وعلى هذا يجوز تبادل النقود الفضية في مصر قديمها وجديدها من غير اعتبار لفرق الوزن .

ومن الفقهاء من يعمل من هذا النوع « وهو تخصيص النص بالعرف » ، ما أفق به محمد بن الحسن ^(٢) من تجويز اقراض الخبز عدماً بين الجيران لجريان العرف بذلك تبعاً لحاجتهم متجاوزين عن فرق الوزن ، واعتبار العدد . أفق بذلك مع

(١) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) وفي فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩ ، أن أبا حنيفة منع استقراض الخبز وزناً وحده ، وقال : لا خير فيه لتفاوته في المدين والقدر والضمنة في طعنه وعينه وخبره قياساً على السلم فيه ، لأنه ممنوع بدلالة حديث « من أسلف » وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت أحماده قياساً على السلم في سائر المتفاوتات التي تضبط بالوزن . وذكر محمد بن القيسين التمام بين الجيران بذلك وإعذارهم هذا التفاوت .

أن الخبز من الموزونات ، وهو مال ربوي والنص أوجب التساوي عند المبادلة فيه ، وعللوا ذلك : بأن علة تحريم الربا هي قصد الاسترباح .

وهذا التقرير لا يخلو من مناقشة ، لأن النص جاء في أشياء ستة ليس الخبز منها ، وإنما الخبز يدخل في الربويات بالقياس لتحقيق العلة فيه ، وهي اتحاد القدر والجنس كما يقول الحنفية ، أو الطعم كما يقول المالكية ، فيكون العرف على هذا مخصصاً لمعوم القياس .

وأما العرف الذي يتعارض مع الأحكام الثابتة بالاجتهاد - سواء كان من الأئمة ، أو من أتباعهم تخريجاً على قواعدهم - فإنه يقدم عليها ، وتترك هذه الاجتهادات إذا وجد عرف يخالفها ، لأن العرف دليل الحاجة ، ولأنه كما يقول ابن الهمام : « انه بنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص^(١) » ، لأنه لا يعارضه نص خاص ولا عام مباشرة فيترك به القياس .

من ذلك أن أبا حنيفة كان لا يجوز بيع النمل ودود القز ، لأنها ليسا من الأموال في نظره قياساً على هوام الأرض كالضفدع ، فجاء تلميذه محمد بن الحسن وأفقي يجاوز بيعهما للجريان التعامل به

والفقهاء المتأخرون غيروا كثيراً من الأحكام التي نقلت عن أئمتهم لما جدت الحاجة إلى التغيير ، وعللوا ذلك بفساد الزمان ، وأصل ذلك ما نقل عن الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدين من هذا النوع .

وفي هذا يقول الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الأمور » .

(١) يقول في فتح القدير ج ٥ ص ٧ عند شرح قول صاحب الهداية في شركة المفارضة : « إن الناس عملوا بها من غير تكثير وبه يترك القياس ، لأن التعامل كالإجماع » .

ولقد نقل تقرير هذا المبدأ في صراحة تامة عن كثير من العلماء .

فإن القيم في كتابه اعلام الموقعين^(١) في بحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائد يقول :

وهذا فصل عظيم النفع جداً ، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل اليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسله . الخ ..

ويقول القرافي المالكي في فروقه^(٢) في الفرق بين قاعدة العرف القولي والعرف العملي في صدد اعتبار العرف وتغييره : « فمهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجدد على المسطور في الكتب طول عمره ، بسل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك ، وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المتقولات أبداً . ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين » ١ هـ

(١) ج ٣ ص ٣٧ .

(٢) ج ١ ص ١٧٦ ، في الفرق ٢٨ ، وفي كتاب الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٨ يقرر ما يقرب من هذا فيقول : إن تغيير الأحكام المنبثقة على العرف لا يحتاج إلى اجتهد مستأنف ، لأنها قاعدة تقررت وانتهت فلا تحتاج إلى اجتهد جديد .

ويقول صاحب تهذيب الفروق ^(١) في هذا الموضع : « وإذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به ، وهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بينهم ، نعم قد يقع الخلاف بينهم في تحقيقه هل وجد أم لا ، لا ، اهـ »

وابن عابدين الحنفي في رسالته نشر العرف ^(٢) يقول : « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً لزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبهم » :

* * *

وبعد : فتلك مصادر الفقه الإسلامي ، وفيها نصوص واجبة الاتباع وقواعد صالحة للتطبيق ، فإذا لم يوجد نص تشريعي فاجتهاد بطريق القياس والإلحاق ، فما أشبه المنصوص عليه ثبت له حكمه ما لم يكن في هذا الإلحاق حرج أو مشقة ، فإن وجد شيء من ذلك عدل عنه إلى طريق الاستحسان أو الاستصلاح أو العرف القائم في المسألة .

إن فقها يستمد حياته من هذه الشنايع المتدفقة لن يقف في يوم من الأيام عن مسيرة الزمن ، ولن يتخلف عن ركب الحضارة ما دام القانون عليه يسيرون في طريقه المستقيم طريق الاجتهاد المشروع الذي خطابه الفقه في أيامه الأولى خطوات سريعة حتى سبق الزمن الذي عاش فيه .

موازنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية

في ضوء ما قدمناه من بناء التشريع الإسلامي على أسس قوية تسوي بين الناس جميعاً ، وتقيم العدالة بينهم ، وتحقق لهم المصالح ، وتنتع عنهم المضار من غير عنق ولا مشقة ، وعلى هدى الطريقة القوية التي سار عليها سلف الأمة الصالح من الصحابة والتابعين ، ومن جاء بعدهم من الأئمة في استنباط أحكام لما وقع لهم من أحداث جديدة ، ومن تفصيل طرائق الأئمة أصحاب المذاهب في تكوين مذاهبهم ، وبيان المصادر التي ينبع منها هذا الفقه الخالد تستطيع أن توازن بسهولة بين فقه الإسلام والقوانين الوضعية ، ولو تلعبنا ما بينها من فروق لنحصى لك ما في أولها من مزايا عديدة جعلته يحتل مكان الصدارة في عالم القوانين لطال بنا الكلام ، ولكنها نكتفي منها بقدر ما تدعو إليه الحاجة في مثل هذا الكتاب ، فنقصرها على بعض النواحي من النشأة والفاية ، والمصدر وما يتبع ذلك من اعتبار عنصرى الدين والأخلاق ، وعدم اعتبارها وتنوع الجزاء فيها .

أما النشأة : فمن راجع تاريخ القوانين الوضعية وجدها في أصل نشأتها ولدت ناقصة في قواعدها ومبادئها عما هي عليه الآن : ذلك أنها جاءت وليدة الحاجة إليها - حين بدأت - لتعالج أمراض مجتمعات بدائية ، أو لتعد من ظلم الطبقات فيه ، وضما قوم عاشوا في هذا المجتمع ، وتأثروا به فكانت صورة لما وصل إليه مجتمعاتهم من حضارة ورقى تمثل عاداته وتقاليده حينذاك ، ثم أخذت تنمو مع الزمن ، وتتغير كلما تغيرت الحاجة ، فهي دائمة التغير والتبدل ما تغيرت العادات وتبدلت .

فهذا القانون الروماني الذي عده المؤرخون الفرييون مفخرة القوانين عندهم

يصور لنا ذلك التبدل أبلغ تصوير ، فقد ولد مع مولده مدينة روما سنة ٧٥٤ قبل الميلاد . ولكن قواعده لم تتم إلا في عصر القيصر جوستنيان في سنة ٥٣٣ بعد الميلاد . وقد بلغ في عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرناً ، ومع هذا العمر الطويل الملبى بالتعديل والتحسين في ظل رعاية الحكام من القيصرية لم يعد صالحاً للتطبيق في هذا الزمن ، بل ولا فيما سبقه من الأزمان^(١) .

على أن تلك القوانين تختلف باختلاف البعثات ، فكل دولة تضع لنفسها القانون الملائم لها الذي لا يصلح لغيرها إلا إذا اتحدت أو تقاربت معها في تعاليدها وعاداتها ، ولا أدل على ذلك من قانوننا الوضعي الذي أخذناه أول الأمر من القانون الفرنسي فلم يلبث أن تبين لرجاله حين تطبيقه أنه لا يصلح للتطبيق في كثير من أحكامه ، فارتفعت الأصوات بالشكوى مطالبة بتعديله أو تغييره ، ومع كثرة ما لحقه من التعديل فلا تزال سحنه الفرنسية تطل على مجتمعنا الشرقي من نوافذ كثيرة هي أجنبية عنه مما جعل للتصديق من رجاله يطالبون بتغييره بما يتفق وما لنا من تعاليد .

وإذا لاحظنا أن التغيير والتبديل في تلك القوانين كان في ذات قواعدها ونظرياتها أدركنا ما في التشريع الإسلامي من كمال وقام من أول أمره ، فقد تمت قواعده ، وكملت مبادئه في فترة وجيزة لم تزد في حساب الزمن على عشر سنوات إلا قليلاً ، وهي فترة التشريع المدني على التحقيق ، ولم يعد وراء هذا الكمال غاية لرجاله إلا تطبيق قواعده حسب مقتضيه مصالح الناس على اختلاف بيئاتهم وأزمانهم دون أن تمتد أيديهم إلى تبديل قاعدة من قواعده ، وما لحقه

(١) قال الأستاذ زكي عريبي الهامسي حينما أعلن إسلامه في جمعية الشبان المسلمين : إن ما بهر من الإسلام هو أنه وجد القانون الروماني الذي استغرق وضعه أكثر من ألف عام يتفاضل إلى جوار الفقه الإسلامي الذي تكاملت أوضاعه في مائة عام ثم صار أمثلاً وأجمل قانون جاءت به شريعة ، فكيف تفكر هذه الجواهر وهذا التراث الضخم ثم تلتبس بضاعة من غيرها وهي بضاعة مزجاة ١٢

من تغيير بالنسخ أيام الرسالة كان في بعض أحكامه الجزئية ، وما يخال منه بعدما كان في التطبيق لا في أصل القواعد .

والفقهاء المسلمون على كثرتهم واختلافهم في اجتهاداتهم لم يختلفوا إلا في التفريع - كما بينا ذلك من قبل - ولم يحدثنا التاريخ في أي عصر من عصور الإسلام بأن فقيهاً واحداً أبدل قاعدة بأخرى ، أو اكتشف نقصاً فحاول إكماله ، نظير ما يحدث في القوانين الوضعية من تبديل في قواعدها ، وإحداث نظريات جديدة لتسد ما بها من نقص ، أو تعالج ما ظهر فيها من خلل ، وما يحدث نظريات التمسك في استعمال الحق ، والظروف الطارئة ، والظروف الاستثنائية وغيرها من النظريات المستعدة في تلك القوانين بسر . كما لم يعد سرا أن رجال القانون لم يظفروا بها إلا بعد جهاد شاق طويل ، وأنهم فرحوا بها لاعتقادهم أنها فتح جديد ، وهي في فقه الإسلام قديمة وجدت معه منذ نشأته الأولى .

ومرد هذا الفرق إلى أن نصوص الشريعة الإسلامية جاءت عامة أو مطلقة فيها من المرونة ما يجعلها قابلة للتطبيق على جميع الأحوال ، ونظرياتها العامة وإنهاء كاملة لم تترك شيئاً من أحوال الإنسان - أفراداً وجماعات - إلا وعرضت له بالبيان مصداقاً لقوله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » . وقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

وإليك بعض هذه النصوص العامة على سبيل التمثيل لا الحصر - في كتاب الله وسنة رسوله .

يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بيعمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » (١) .

« إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »^(١) . « يأيا الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا إعدوا هو أقرب للتقوى »^(٢) . « يأيا الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن براض منكم »^(٣) . « ولا تقرّبوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً »^(٤) . « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »^(٥) . « وأشهدوا ذوي عدل منكم »^(٦) . « وأمرهم شورى بينهم »^(٧) . « وشاورهم في الأمر »^(٨) . « وإن كان ذو حسرة فتنظرة إلى ميسرة »^(٩) . « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه »^(١٠) . « فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول »^(١١) . « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »^(١٢) .

ويقول رسول الله : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، « المسلمون عند شروطهم » ، « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » ، « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، « لا وصية لوارث » ، « للقاتل لا يرث » ، « الزهيم حارم » ، « البينة على اللدعي واليمين على من أذكر » ، « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » ، « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » ، « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ، « كل مسكر حرام » ، « كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا »

أما الغاية : فمن المسلم به أن لكل قانون غاية يهدف إليها واضعه ، تتميز هذه الغاية ، وتتنوع حسب تنوع القوانين وما يملكه الواضع من شئون الناس ،

(١) النساء : ٥٨ ؛ (٢) المائدة : ٨ ؛ (٣) النساء : ٢٩ ؛ (٤) الاسراء : ٣٤ ؛ (٥) البقرة : ٢٨٣ ؛ (٦) الطلاق : ٢ ؛ (٧) الشورى : ٣٨ ؛ (٨) آل عمران : ١٥٩ ؛ (٩) البقرة : ٢٨٠ ؛ (١٠) البقرة : ١٧٣ ؛ (١١) المائدة : ٥٩ ؛ (١٢) المائدة : ٢ .

فالقوانين الوضعية يقصد بها تنظيم المجتمع لتستقر الحياة فيه ، فتنين حقوق الأفراد وما عليهم من واجبات .

جاء في كتاب أصول القوانين : « مهمة القانون هي في الواقع بيان الحقوق حقوق الفرد قبل غيره ، أو قبل الدولة ، أو حقوق الدولة قبله . ومن ذلك تدرك الصلة بين القانون والحق ، فالحق لا يوجد بدون القانون ، كما أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات » .

وهذه - كما ترى - غاية نفعية محضة قاصرة على تنظيم الظواهر فقط التي لا يملك واضعو تلك القوانين غيرها تنظيم على أي لون من الألوان ، وافق الأخلاق أو خالفها ، بل أكثر من ذلك فقد وجدناها تباع وتنظم بمض ما يحرمه الدين ، وتفر منه الأخلاق كالزنى والربا وغيرها .

ولقد كانت القوانين في أول أمرها تعنى بحقوق الفرد وحده ، فأثبتت له حقوقاً أوجبت المحافظة عليها ، وأطلقت له الحرية في استعمالها من غير مراعاة لما قد يصيب الآخرين من أضرار ، ومجيت هذه الحقوق حينذاك بالحقوق الطبيعية للأفراد ، ومن هنا نشأ المذهب الفردي في الحقوق الذي يقرر للفرد حقوقاً باعتبار هدفه في ذاته يولد وله حقوق طبيعية لاصقة به ، وقد عبرت وثيقة إعلان حقوق الإنسان عن هذا المذهب بقولها : « إن هدف كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة » .

ولما أساء الأفراد استعمال حقوقهم فآلحوا الأضرار بالآخرين ، فبدوم شيئاً فشيئاً حتى نشأ المذهب الاجتماعي الذي ينظر للجماعة على أنها هدف ، فيعطي للأفراد حقوقاً بمقدار ما يصلح الجماعة ، وظهرت نظرية التعسف في استعمال الحقوق .

أما التشريع الإسلامي فهو وإن اتفق مع تلك القوانين في أصل الغاية ، وهي تنظيم العلاقات إلا أنه يختلف عنها فيا يلي :

أولاً : إن تنظيمه أعم وأشمل ، فهو فوق تنظيمه للملاقات بين الأفراد والجماعات والدول ينظم علاقة أخرى لم تعرض لها القوانين الرضعية ، علاقة الإنسان بخالقه بتسريع أنواع المبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج وغيرها ، ولا يخفى ما لهذه التشريعات من أثرين في تهذيب النفوس وصلها ، وتمويدها على الطاعة والامتثال وإشعارها بالمساواة مما يزيد روابط المجتمع قوة ويقمها على دعائم قوية .

ثانياً : إن تنظيمه لملاقات الناس بعضهم ببعض أتم وأحكم من تنظم القانون فهو لا يعترف بالحقوق الفردية الطبيعية ، ولكنه قرر حقوقاً للأفراد باعتبارهم أعضاء في الجماعة الإنسانية ، فقيد تلك الحقوق من أول الأمر بعدم الإضرار بالآخرين ، وفي هذا يقول رسول الله : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، وأنت إذا تلعبت تشريعات الإسلام وجدت الشارع في كل موضع يعمل للفرد حقاً فيه ، يرسم له طريقة استيفائه ، والتمتع به حتى لا يلحق الضرر بغيره .

فقد جعل لكل من الزوجين حقوقاً قبل الآخر متقابلة ، لكنه ميز الرجل بحق القوامه الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وامجرهن في المضاجع واضربوهن فإن أطمعنكم فلأنفوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً ، وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدنا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان علياً خبيراً^(١) .

ولما جعل الطلاق بيد الرجل أرشده إلى طريقة ليقاها لئلا يضر بالطرف الآخر « الطلاق مرثان فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان »^(٢) ، وفي آية بعدها

(١) النساء - ٣٤ ، ٣٥ (٢) البقرة - ٢٢٩ .

يقول : « وإذا طلقتم النساء قبلن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو بمرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتمتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ولما أساء رجل استعمال حقه في الطلاق وطلق امرأته ثلاثاً دفعة واحدة غضب رسول الله وقال : « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » ؟ . ومع ذلك فقد أوصى الأزواج بحسن معاشرة الزوجات في غير آية « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » ^(١) . والرسول يكرر وصيته بالنساء طول حياته ، بل لم ينسهن وهو في فراش الموت فقد روي أن آخر ما أوصى به النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث كان يتكلم بهن حتى لجلج لسانه وخفي كلامه : الصلاة الصلاة ، وما ملكت أيمانكم لا تكفوم ما لا يطيقون ، الله الله في النساء فإنهن عوان في أيديكم أخذتموهن بأمانة الله . الحديث ، عوان أسراء .

ولقد أباح التجارة وجعلها طريقاً من طرق كسب المال ثم رسم لها طريقة مستقيمة لا يلحق الناس منها ضرر أو أذى ، فمنع الفسح ونفر منه ، « من غشنا فليس منا » قالها رسول الله حينما دخل السوق ووضع يده فيما يبيعه أحد التجار من الطعام فوجد به بللاً .

ونهى عن التفرير وتوعد عليه بمقاب قاس شديد ، فالبخاري يحدثنا عن عبد الله بن أبي أوفى : أن رجلاً أقام سلمة في السوق فعلف يالله لقد أعطي بها ما لم يعطه ليوقع فيها رجلاً من المسلمين ، فنزل قوله تعالى : « إن الذين يشتركون بهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم » ^(٢) .

(١) النساء - ١٩ .

(٢) آل عمران - ٧٧ .

وحرم الربا وحذر منه ، بل وأعلن الحرب على المرابين فيقول جل شأنه :
« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ . فَإِن لَّمْ تَقْعُوا فَإِنَّكُمْ لَبُغْرِبٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ . وَإِن تَتَّبِعُوا فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ » (١) ، حرمة مع ما فيه من تقع لصاحب المال حماية للمجتمع من جشع هؤلاء ، ورحمة بالاحتاجين الذين يضطرون إلى مد أيديهم طلباً للقرض من أولئك المرابين.

وهذه نزعة جماعية تحمي الجماعة من طغيان الأفراد ، وتسلب أصحاب الحقوق بل هي الاشتراكية المنظمة التي لا نظير لها في النظم الوضعية ، وكيف لا تكون اشتراكية ، والقرآن نفسه يرد المال الذي بأيدي أصحابه إلى مالكة الحقيقي إلى الله سبحانه ، ويحمل الناس خلفاء عنه فيه ، ثم يأمرهم بالإنفاق على ذوي الحاجات دون من أو تعال ، فيقول جل شأنه : « وَأَقْرَبُهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ » (٢) ، وفي آية أخرى يقول : « آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ » (٣) ، وفي آية ثالثة يقول : « وَاللَّهُ فَضْلُ بَعْضِكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ فَمَا الَّذِينَ فُضِّلُوا بِرِزْقِهِمْ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ أَفَبُنِعْمَةِ اللَّهِ يُمْسِدُونَ » (٤) .

وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم إن ربك سريع العقاب وإنه لغفور رحيم » (٥) .

وتطبيقاً لمبدأ الاشتراكية فرض الإسلام الزكاة على الأغنياء في أموالهم ، وجعلها حقاً للاحتاجين . سداً لحاجتهم ، وتطويراً لقوتهم من عوامل الحد والحسد ، فتتقطع بذلك أسباب الاعتداء والاضطراب ، ليستقر الأمن ويسود المجتمع السلام .

(١) البقرة - ٢٧٨ - ٢٧٩ . (٢) النور - ٣٢ . (٣) الحديد - ٧ .
(٤) النحل - ٧١ . (٥) الأنعام - ١٦٥ .

والتاريخ يحددنا بأن المسلمين في صدر الإسلام لما أدوا ما عليهم من الزكاة وصرفها ولاية الأمر لأصحابها جاء وقت لم يحدوا فيه محتاجاً يدفعونها إليه .

وبالجملة فقد قصد الإسلام بتشريع تحقيق المصالح للناس ، ودفع المقاسد عنهم ، وكانت تشريعاته كلها مبنية على أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد إذا ما تعارضت المصلحتان ، وأن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص .

ومن هنا نهى عن احتكار الطعام ، وأمر ببيعه للناس وقت الحاجة وإن لم يرض صاحبه ، ونهى عن تلقي السلع واحتكار بيئها لما في هذا وذلك من إزاء أفراد من الناس على حساب الإضرار بالآخرين .

وتلك غاية لا تقف عند تنظيم الروابط بين الناس ، بل تتخطاها إلى إسعادهم جميعاً

على أن التشريع الإسلامي لم يقتصر على هذا التنظيم الجماعي الظاهر ، بل تجاوزه إلى ما هو أعمق وأوأ ، فقصده إلى تنظيم الباطن أيضاً ، فرتب على المفضل الظاهر نتائجها ، وعلى النوايا والبواطن نتائج أخرى إذا خالف الظاهر الباطن فقد يكون العمل في ظاهره صحيحاً ، ولكنه قصد به غير ما أراده الشارع منه فيكون لنا الحكم بالظاهر ، ويبقى الباطن مفوضاً إلى الله العليم بخفايا القلوب يتولى حسابه .

ولا أدل على ذلك من قول رسول الله — حينما جاءه رجلان يختصمان في موارث بينهما ولم يكن لهما بينة إلا دعواهما — : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع . فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار » (١) . وقوله : « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

(١) الطرق الحكيمة ص ٢٦٦ .

أما المصنوع ، فقد عرفنا مما سبق أن الفقه الإسلامي في أصله يستند إلى الوحي الإلهي ، فهو الذي وضع قواعده ، ونظم مبادئه في فقرة الرسالة ، وأن المجتهدين بعد عصر الرسول على اختلاف طرقهم جعلوا القرآن والسنة أساساً لاجتهادهم فكان لها الصدارة ، فإذا لم يجد المجتهد الحكم فيها أعمل رأيه في حدود القواعد العامة ، والمبادئ الكلية التي جاء بها الوحي ، لأنه حين اجتهداه يبحث عن حكم الله في المسألة ، فيكون مقيداً بالأصول السني وضماً ، يستلهم منها ومن روح تشريعه ، فإذا خرج عن تلك الدائرة ود عليه اجتهداه .

أما القوانين الوضعية فإنها لا تستند إلى الوحي ، ولكنها في الغالب تستند إلى أعراف الناس وتجاريهم يختار منها واضعوها ما يصلح في نظرهم لسياسة أمورهم بمد تهذيبها .

ومن هنا ثبت للفقه الإسلامي صفته الدينية بينما تجردت منها القوانين الوضعية . الأمر الذي جعلهما يفترقان في أمور منها .

أولاً : في الجزاء :

فالقوانين كلها سماوية أو وضعية متفقة على قرص عقوبة رادعة على المخالفين حتى يكون للقانون هبة في نفوس المتمردين عليه ، ولكنها يفترقان في أن الجزاء في القوانين الوضعية دنيوي دائماً ، لأنها وضعت لحفظ النظام في الدنيا وواضعوها لا يملكون من أمر الآخرة شيئاً .

وأما الشريعة الإسلامية فالجزاء فيها أخروي ودنيوي ، بل الأصل فيها هو الجزاء الأخروي ، والجزاء الدنيوي وضع موضع الضرورة لمن لم يؤمن بالآخرة وما فيها من ثواب وعقاب ، فيتعدى حدود الله .

أما أنه شرع فيها عقاب دنيوي وآخر أخروي . فلأن التكاليف الشرعية منها ما هو من أعمال القلوب التي لا يعلم المخالفة فيها إلا الله . ومنها ما هو من أعمال الجوارح التي يطلع الخلق على المخالفة فيها ، فالمعوقات الدنيوية جاءت على المخالفة في أعمال الجوارح ، ووكّل إلى أولي الأمر تنفيذها ، والمعوقات الأخروية جاءت على المخالفة في أعمال القلوب التي لا يطلع عليها إلا علام الغيوب يتولى هو سبعانه إقامتها على المخالفين في دار الجزاء ، كما جاءت على المخالفة في أعمال الجوارح زيادة على العقاب الدنيوي ، أو لمن لم يعاقب في الدنيا وبقي على إصراره .

وأكثر من ذلك إنها جاءت بنوع آخر من الجزاء وهو الإثابة على امتثال الأوامر والكف عن المنهيات فهي تحاسب على الامتثال كما تحاسب على المخالفة .

ولهذا جاء فيها وعد بالنعم على الطاعة ووعد بالعقاب على المخالفة وارتكاب المخطورات ، يقول سبحانه : « إنه من يأت ربه مجرمًا فإن له جنة لا يموت فيها ولا يحيا ، ومن يأت مؤمناً قد عمل الصالحات فأولئك هم الدرجات العلى جنات عدن تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك جزاء من تركي » (١) ، وقدرت الأجزاء الدنيوية لبعض الجرائم فيما سمي بالحدود ، وأوجبت العقاب في البعض الآخر ، وتركزت التحديد فيها لولاة الأمور ، وهو المسمى بالتمزيقات ، ومن يستعرض النصوص يجد كثيراً منها قرن بالعقاب الدنيوي وعيداً بالعقاب الأخروي .

وليك بعض آيات القرآن :

قال تعالى في شأن القصاص : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في

(١) طه - ٧٤ - ٧٦ .

القتل الحر بالحر والمبد بالمبد والأثني بالأثني فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمه فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون « (١١)

وقال بعد بيان أحكام الموارث : « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين » (١٢)

ويقول في شأن جزاء القتل الأخرى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً » (١٣).

وفي شأن قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسمون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » (١٤).

ثانياً : في التأثر بمنصري الدين والأخلاق ، فالقوانين لوضعية ليس لها صفة دينية ، فلا أثر للدين فيها ، وحظ الأخلاق فيها ضعيف ، لأنها تقوم على مجرد التنظيم الظاهري الذي لا يحسب للخلق حساباً ، ومن ثم كانت بعيدة عن فكرة الحلال والحرام المبنية على بواطن الأمور .

وأما الفقه الإسلامي فإن عنصر الدين هو الأساس في قسم المبادات ، وعنصر هام في قسم المادات ، ولذلك نراه في هذا النوع يعطي الأفعال أحكامها من الحل والحرم ، حتى أن القرآن الكريم يعبر - غالباً - عن المشروع بالحل ، وعن عدم المشروعية بالحرمة أو عدم الحل « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، يحل

(١) البقرة - ١٧٨ (٢) النساء : ١٤٠، ١٣١ (٣) النساء : ٩٣ (٤) المائدة : ٣٣

لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، « وأحل لكم ما وراء ذلك ، « لا يحل لكم أن تزفوا النساء كرهاً ، « ولا يحل لمن أن يكتنن ما خلق الله في أوحامهن ، « ولا يحل لك النساء من بعد ، « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ، « حرمت عليكم الميتة ، « لا من حل لهم ولا لم يحلون لمن .
 يأبى الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم .

ومثله في ذلك السنة « كل المسلم على المسلم حرام ، « هو الطهور ماؤه
 الحل ميتته .

وتعابير الفقهاء في ذلك كثيرة متنوعة ، فهذا تصرف حرام وذلك حلال ،
 يحرم بيع الذهب بثله متفاضلاً ، ويحل إذا كان متساويين ، لا يحل بيع الميتة ولا
 تناولها ، ويحرم شرب الخمر والتجارة فيها ، والقضاء بشهادة الزور لا يحل
 الحرام .

ومرر ذلك إلى أن الشارع لا ينظر إلى ظواهر الأمور وصور الأفعال ، بل
 ينظر إلى بواطنها وحقائقها في واقع الأمر ، فالشيء لا يكون حلالاً إلا إذا كان
 حقاً في حقيقته ، واتفق ظاهره مع باطنه . أما إذا اختلف الظاهر عن الباطن
 بأن كان حقاً في ظاهره ، وباطنه على العكس من ذلك ، فإنه لا يكون حلالاً ،
 فالحكم الديني للأفعال يتبع حقائقها .

ولما كلفت بواطن الأمور خفية علينا لا نستطيع الوقوف عليها لم يكلفنا
 الشارع في حكمنا على الأشياء إلا بما هو في استطاعتنا من النظر إلى ظواهرها
 فقط « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

ومن هنا جاء الاختلاف بين حكم القضاء والديانة ، فالشيء الواحد له عند
 الفقهاء حكمان ، حكم لظاهره وصورته ، ويسمى الحكم قضاء . وآخر لباطنه
 وحقيقته أمره ، ويسمى الحكم ديانة ، وقد يتفقان ، وقد يختلفان ، فإذا أدهى

شخص على آخر بدين وشهد له شاهدان بذلك ، وجب على القاضي أن يحكم لصاحب الدعوى متى استوفيت صورتها المطلوبة ، فإن كان المدعي محقاً في دعواه ثبت الحق ظاهراً وباطناً ، واتفق حكم القضاء مع الديانة ، وحل للمدعي أخذ هذا المال والانتفاع به ، وإن كان كاذباً فيها ثبت له الحق ظاهراً بحكم القاضي ، حرم عليه أخذ ذلك المال والانتفاع به ، لأنه حرام في أصله وقضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال ، ولا أدل على ذلك من قول رسول الله للتخاصمين : إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر مولى لعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر ، فاقض له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها اسطماً في عتقه يوم القيامة (١) .

ومن أجل هذا كانت مهمة القضاء شاقة ، لأن الوصول إلى الحق بين التواء المتقاضين عسير ، فيتوقف الأمر - إلى حد بعيد - على ذكاء القاضي وحسن تصرفه ، والتاريخ يحدثنا الحديث الصادق عما كان يفعله قضاة الإسلام من التعايل على إظهار الحق لتبرأ ذمهم أمام الله (٢) .

- وكذلك وجدنا فقه الإسلام يسير مع قانون الأخلاق في طريق واحد لا يفترقان ، وإنك لتلمس أثر الأخلاق واضحاً في كثير من تشريعاته ، فتحريم الربا مثلاً يقصد به تطهير النفوس من الآفانية والجشع ، وبث روح التعاون بين الناس ، وحماية المجتمع من المشاحنات والمنازعات التي تقوم بسبب تحكم أصحاب الأموال في المحتاجين ، ولا يخفى ما في تحريم الميسر والحمر والزنى والقتل من

(١) ألحن بحجته ، أفصح وأبلغ في بيانها من خصمه وهو كاذب ، فمن قضيت له الحق فمن حكمت له بحق أخيه وهو يعلم ذلك فإنما أحكم له بما هو حرام عليه ، ويفضي به إلى النار ، والاسطام هو السار الذي يحرّك به النار ؛ وهذا التصور لتطهير الناس من الدعوى الكاذبة .
(٢) راجع قصة أبي يوسف مع الخليفة الهادي لما وجد ألحن في ظاهره معه ، وفي الباطن مع خصمه في ص ١٨٠ من هذا الكتاب .

السمو بالنفس عن أخذ مال الغير بغير وجه حق ، أو إبدائه في نفسه أو عرضه ، أو تناول ما يضرها .

ثالثاً في الخضوع للتشريع والامتثال له : فهو للإسلامي رغبة واختيار وللوضعي قهر وإجبار .

وهذا الفرق كالنتيجة للفرقين السابقين ، فإن العقاب الأخروي المقرر في الإسلام لمصاة التشريع والمخالفين مع ما تقرر يحاسبه من ثواب الطائعتين الممتثلين ، وما فيه من عنصر الدين الموقظ للضمير ، والأخلاق الداعية إلى الاستقامة . كل أولئك هي النفوس للخضوع له عن رضا ورغبة ، لأن الإيمان بالله المطلع على سرائر النفوس وفواياها الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء يجعل الإنسان دائماً على حذر من المخالفة (١) ، فإذا ما وقع فيها لم يحاول الإفلات من جزائها ، وهذا سر قول رسول الله ﷺ : « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن » .

كما أن عنصر الثقة بالشارع ، وأنه لا يشرع إلا ما فيه مصلحة المكلفين لملئه بأحوالهم ، حاضرها ومستقبلها ، ظاهرها وباطنها ، تحمل المكلفين على تقبل ذلك التشريع والعمل به بنفس راضية مطمئنة .

وأما القوانين الرضعية فلا أثر فيها لدين ولا خلق وأن واضعها لا يعرفون من مصالح الناس إلا ظاهرها ، وقد تشبه عليهم ، أو يتدخل فيها عنصر الهوى . فتتهدم الثقة بينهم وبين المكلفين ، فلم يبق حافز للعمل بها إلا خوف العقاب وعطش السلطان المنفذ له فخوف العقاب هو المانع من المخالفة ، بل من إعلان

(١) اقرأ إن شئت قوله تعالى في سورة المجادلة : « ألم تر أن الله يعلم ما في السموات وما في الأرض ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعم ولا خسة إلا هو سناهم ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا ثم ينبئهم بما عملوا يوم القيامة إن الله بكل شيء عليم » .

المخالقة على التحقيق فتمتئحت للمرء فرصة الإفلات من العقوبة ارتكب ما ارتكب إشباعاً لشهواته ، ولتحقيقاً لرغباته ، فامتثالها إذأ يكون تحت تأثير قوة السلطان ، وقهر الحاكم غالباً .

ويؤكد ذلك الفرق ويوضحه ما روى من وقائع عديدة تنادي بأن عنصر الدين أكسب هذا الفقه هبة واحتراماً دونها بكثير هبة الجزاء المقدر في القوانين الوضعية حتى كان المسلمون الأولون يؤثرون رضا الله على كل ما عداه فيعترف الواحد منهم اعترافاً صريحاً بالحقيقة . وهو يعلم أن عقاباً دنيوياً مؤلماً ينتظره من وراء هذا الاعتراف .

فهذا ما عز^(١) يحى طائماً لرسول الله ، ويعترف اعترافاً صريحاً بجرمة الزنى ، وهو موثق بأن وراء ذلك الرجم بالحجارة حتى الموت ، يعترف ويصمم - رغم محاولة الرسول صرفه عن اعترافه لاحتمال خطئه - مؤثراً عذاب الدنيا على عذاب الآخرة ، وما ذاك إلا من أثر الدين في نفسه :

ومثله في ذلك المرأة الغامدية التي فعلت مثل ما فعله وجاءت ثابئة معترفة بما جنته . ويقول رسول الله في شأنها : « إنها ثابت قوية لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، قالها ردأ على من قال بعد إقامة الحد عليها : أخزأك الله . أو من قال للرسول : كيف تصلي عليها وهي زانية ؟ » .

وفي قصة الرجلين المختصمين في الميراث - السابقة - شاهد على ذلك ، فإنه ورد في آخر الحديث أن الرجلين لما سمعا كلام الرسول بكيا . وقال كل واحد

(١) صحابي اسمه ماعز بن مالك ، والأحاديث في قصته كثيرة ، وفي بعضها أن رسول الله أعرض عنه حتى أقر أربع مرات ، ثم قال له : املك قبلى أو عجزت أو نظرت ؛ قال لا يا رسول الله ، ثم اعترف به صراحة ، فقال له الرسول : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرني ، فأمر به فريج ، وراجع منتفي الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٨٣ وما بعدها .

منها حتى لأخي^(١) قالاً هذا بعد أن تنبه الزواج الديني عندهما وتذكرا الآخرة، وما فيها من ثواب وعقاب .

ومن ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده عن الأشعث بن قيس أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى النبي ﷺ في أرض باليمن ، فقال الحضرمي : يا رسول الله أرضي اغتصبها هذا وأبوه . فقال الكندي يا رسول الله أرضي ورثتها من أبي ؟ فقال الحضرمي يا رسول الله أستحلفه إنه ما يعلم أنها أرضي وأرض والذي اغتصبها أبوه ، فتها الكندي لليمن ، فقال رسول الله : إنه لا يقطع عبد أم رجل يمينه مالا إلا لقي الله يوم يلقاه وهو أجزم ، فقال الكندي هي أرضه وأرض والده .

وروى مثله مسلم في صحيحه والترمذي في سننه وصحيحه .

وبعد : فهذه بعض وجوه الموازنة بين التشريع الإسلامي وبين القوانين الوضعية ، وهي تقودنا - إذا لم تنصب - إلى الاعتراف بأن شريعة الإسلام لا يعدلها قانون آخر ، وأن العمل بها والسير على نهجها خير ضمان لاستقرار الأمن ، وبث روح الطمأنينة في مجتمعنا الذي فشلت القوانين الوضعية المستوردة من الغرب في تنظيمه ، ولن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها .

ولا يفوتني هنا أن أقدم لك نماذج مما جاءت به تلك الشريعة من مبادئ

(١) وبقي الحديث أن رسول الله قال لهما بعد هذا البكاء وتنازل كل منهما عن حقه لصاحبه « أما إذا فارقتما فاقسما ثم قوضيا الحق . ثم استهما . ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه » الطرق الحكيمة ص ٢٦٦ . وتفسير القرطبي ج ٢ ص ٣١٧ .
وفي نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٤ من رواية أحمد وأبي دلود : فلما أقطع له قطعة من النار يأتيها أسطفا في عتقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حالي لأخي . فقال رسول الله : أما إن قلتما فاقسما فاقسما ثم قوضيا الحق ثم استهما ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه ، استهما . فقرأ ومته قوله تعالى « قسام فكان من المدحفين » .

سامية تقود الناس دائماً إلى الفساد ، وتقضي على عوامل الشر والفساد ، ومن هذه المبادئ :

١ - مبدأ العقيدة الصحيحة : جاءت الشريعة الإسلامية بعقيدة التوحيد التي قوبلها الناس إلى إله واحد ، وقبلة واحدة ، فتتوحد الصفوف وتجتمع على كلمة واحدة : « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله ، فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » (١) .

وبينت لهم أنهم راجعون إلى الله فيحاسبهم على ما قدمت أيديهم في هذه الحياة « أفحسبتم أننا خلقناكم عبثاً وأنكم إلينا لا ترجعون » (٢) .

« واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون » (٣) . « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تظلم نفس شيئاً وإن كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين » (٤) .

« الله لا إله إلا هو ليعمّنكنم إلى يوم القيامة لا ريب فيه ومن أصدق من الله حديثاً » (٥) .

٢ - مبدأ نفى الوساطة بين العباد وخالقهم : ليبطل ما استقر في أذهان الناس من أن هناك وسطاء بين الإله وعباده ، فجعل الاتصال به مباشراً :

« وإذا سألك عبادي عني فإني قريب أجيب دعوة الداع إذا دعان » (٦) .

« وقال ربكم ادعوني أستجب لكم » (٧) .

(١) آل عمران - ٦٤ . (٢) المؤمنون - ١١٥ . (٣) البقرة - ٢٨١ .
(٤) الأنبياء - ٤٧ . (٥) التيسد - ٨٧ . (٦) البقرة - ١٧٦ . (٧) غافر - ٦٠ .

وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما تعملون»^(١).

ويرتبع ذلك المبدأ مبدأ آخر وهو نفي تحمل شخص تبعة ما ارتكبه غيره

مهما تمهد له بذلك ، ومهما كانت منزلته

« ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينظركم بما كنتم فيه تختلفون »^(٢) .

« من اعتدى فلاناً يعتدي لنفسه ومن ضل فلاناً يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى »^(٣)

« ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لا يحمل منه شيء ولو كان ذا قرىبي »^(٤) .

« كل نفس بما كسبت رهينة »^(٥) .

٣ - مبدأ الاعتدال في كل شيء : أمرت بالاعتدال دون إفراط أو تفريط « وآفوا حقهم حصاده ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين »^(٦) .

« وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين »^(٧) .

« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »^(٨) .

« وإن عاقبتهم فمقابوا بمثل ما عوقبتهم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين »^(٩) .

(١) الشورى - ٢٥ . (٢) الأنعام - ١٦٤ . (٣) الاسراء - ١٥ .
(٤) فاطر - ١٨ . (٥) للدور - ٣٨ . (٦) الأنعام - ١٤١ . (٧) الأعراف - ٢٦ .
(٨) الأعراف - ٢٩ . (٩) النحل - ١٢٦ .

« أدعوا ربكم تضرعاً وخفية إنه لا يحب المعتدين » (١).

ويقول رسول الله : « كلوا واشربوا والبسوا وتصدقوا في غير مسرفة ولا غنية » ، رواه البخاري وأحمد والنسائي .

٤ - مبدأ التعاون : وهو مبدأ أصيل في الإسلام جاء بصيغة العموم الشامل :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » (٢) .

فكله البر والتقوى شاملة لجميع وجوه الخير في الدنيا والآخرة « كما أن كلمة الإثم والعدوان شاملة لجميع أنواع الشر الدنيوي والأخروي » ، فهذه الآية فتحت أبواب التعاون على الخير بأنواعه وأغلقت طرق التعاون على الشر كله ، بل إن التعاون في الإسلام قد يتخطى مجرد المعونة إلى مرتبة الإيثار على النفس : « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » (٣) .

ويتفرع من هذا المبدأ مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو تعاون على جلب الخير ودفع الشر ، ولأهمية هذا النوع من التعاون جعل الله هذه الأمة من أجله خير أمة أخرجت للناس : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » (٤) ، وربط الفلاح به : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » (٥) .

٥ - مبدأ العدالة والمساواة : فإن أحكامها بنيت على العدالة المطلقة والتسوية التامة بين الناس . لا فرق بين الحاكم والمحكوم ، ولا بين القريب

(١) الأعراف - ٥٥ . (٢) المائدة - ٢ . (٣) الحشر - ٩ .

(٤) آل عمران - ١١٠ . (٥) آل عمران - ١٠٤ .

والغريب ، ولا بين الموالي والمخالف ، وقد سبق أن تكلمنا على ذلك عند الكلام على أسس التشريع ، وتزيد الأمر توضيحاً فنقول :

إن الإسلام لا يعترف بامتياز أحد على أحد بالنسبة إلى خضوع الجميع للقانون « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » (١) .

والرسول يخاطب أهله فيقول : « يا مشر قریش إن الله قد أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتكبرها بأبائها ، النخوة (الكبر والمظنة والافتخار) » وقال : « ليس منا من دعا إلى عصبية » ، « ولا عصبية في الإسلام »

ويقول عمر بن الخطاب في كتابه إلى القائد سعد بن أبي وقاص : « إن الله ليس بينه وبين أحد نسباً إلا بطاعته والناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء » .

ولما بلغه أن عمرو بن العاص والي مصر يتكبر في مجلسه كتب إليه يقول : « بلغني أنك تتكبر في مجلسك فإذا جلست فكن كسائر الناس » .

وكان رأيه في الحاكم أنه خادم للرجية فكثيراً ما كان يقول للناس : « إني لم أبعث إليكم الولاة ليضربوا أبشاركم ويأخذوا أموالكم ولكن ليعلموكم ويخدموكم » (٢) .

وقد روى أن يهودياً خاصم علي بن أبي طالب إلى أمير المؤمنين عمر ، فنادى أمير المؤمنين علياً بقوله : « قف يا أبا الحسن » فبدأ الغضب على علي ، فقال له عمر : « أكرهت أن تسوي بينك وبين خصمك في مجلس القضاء ؟ » فقال علي

(١) المجبرات - ١٣ . (٢) الخراج لأبي يوسف ص ١١٥ .

لا ، ولكني كرهت منك أن عظمتي في الخطاب ، فتأديتني بكتيتي ولم تصنع مع خصمي ما صنعت معي .

ومن تتبع تشريعات الإسلام وجد المساواة بأنواعها مبثوثة بين أحكامه ، فمن مساواة أمام القانون ، إلى مساواة في التوظيف والتكاليف العامة من الضرائب والجندية وغيرها .

٦ - مبدأ الشورى : فقد جعل الإسلام الشورى أساساً للحكم حيث أمر القرآن رسول الله - بها مع نزول الوحي عليه « وشاورهم في الأمر » ^(١) ، كما جعلها من صفات المؤمنين « وأمرهم شورى بينهم » ^(٢) ، وقد ضرب الخلفاء الراشون أروع الأمثال في استعمال الشورى ، وجعلوها قوام حكمهم في القضاء وسياسة الدولة ، وكذا كل حاكم مسلم سار على مبادئ الإسلام من بعدهم .

جاء الإسلام بذلك في الوقت الذي كان الحكم يستبدون بالحكم، ويحكمون بهوام ولا ناقد ينقدهم ولا مرشد يرشدهم .

٧ - مبدأ الحرية : فقد قرر الإسلام الحرية بأنواعها في عصر عمت فيه العبودية ، وولفت عليه المنصرية .

١ - حرية العقيدة والايمان : « لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي » ^(٣) ، « ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعاً أفأنت تكفر الناس حتى يكونوا مؤمنين » ^(٤) ، « ولو شاء ربك لجعل للناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك » ^(٥) ، « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » ^(٦) ، « لكم دينكم ولي دين » ^(٧) ، وقضى سيطرة الرسول

(١) آل عمران - ١٥٩ . (٢) الشورى - ٣٨ . (٣) البقرة - ٢٥٦ .

(٤) يونس - ٩٩ . (٥) مود - ١١٨ . (٦) الكهف - ٢٩ . (٧) الشكروان - ٦

على الناس « فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر » (١) .

ب - حرية الرأي : يقول رسول الله : لا يكن أحدكم إمعة يقول : أنا مع الناس إن أحسن الناس أحسنت ، وإن أساءوا أسأت ، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا ، وإن أساءوا أن تجتنبوا . فهذا الحديث لا يدعو إلى حرية الرأي فقط ، بل ويدعوهم إلى تكوين الشخصية المستقلة .

على أن حرية الرأي تتمثل في الاجتهاد المشروع في الإسلام ، وفي وقائع كثيرة في تاريخ المسلمين .

فأبو بكر لما اختار عمر خليفة من بعده بعد مشاورة أصحاب الرأي من الصحابة يدخل عليه أحد المعارضين ، ويقول له : « ما أنت بقائل لربك إذا سألك عن استخلاف عمر علينا وقد ترى غلطته . وهو إذا ولي كان أظف وأغلظ » فيرد أبو بكر قائلاً : « أباهم تخوفني ؟ خاف من تزود من أمرهم بظلم » أقول : اللهم إني استخلفت على أهلك خير أهلك .

ولما قال عمر في إحدى خطبه : « أيها الناس من رأى منكم في اعوجاجاً فليقومه » رد عليه رجل من عامة الشعب بقوله : والله لوز رأينا فيك اعوجاجاً لقومناك بسوقنا ، فيجيبه عمر بمقالة كلها رضى : « الحمد لله الذي جعل في المسلمين من يقوم اعوجاج عمر بسيفه » ، ويقول لما ردت عليه المرأة في مسألة تحديد المهور : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وهذا علي بن أبي طالب يفوت على نفسه الخلافة تمسكاً بحرية الرأي عندما جعلها عمر من بعده في ستة ، وانتهت المفاوضات والشورى إلى أن يحسم الأمر فيها عبد الرحمن بن عوف ، فدعا الناس إلى المسجد ، وقد أصبح الأمر بين علي

(١) لقنانيه - ٢١ ، ٢٢ .

وعثمان ، فوقف عبد الرحمن في المسجد ، ونادى علياً فبايعه خليفة المسلمين على أن يعمل بكتاب الله وسنة رسوله ، واجتهاد الشيخين أبي بكر وعمر فيرفض علي ذلك إلا أن يكون عمله بكتاب الله وسنة رسوله ، ويحبه رأيهم ، فنادى عبد الرحمن عثمان ، فقبل العهد الذي رفضه علي فأصبح خليفة .

وقد ظل علي طول حياته متمسكاً بحرية الرأي ، ويدعو إليها حتى وهو على فراش الموت ، فقد أقبل عليه بعض المسلمين - بعد ما طعنه عبد الرحمن بن ملجم من الخوارج وشعروا بدمر أجله ، وقالوا له : إن فقدناك - ولا نفقدك - أفتبايع الحسن ؟ فقال لهم : « لا آمركم ولا أنهيكم أنتم أبصر » .

ج - حرية الهجرة والانتقال من المكان الذي يظلم فيه الشخص ولا يستطيع دفع الظلم عن نفسه : قال تعالى : « إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً . إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً » (١) .

د - حرية المسكن : جاء ذلك في قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلفوا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أذكى لكم والله بما تعملون عليم » (٢)

والأحاديث في الاستئذان كثيرة جداً منها أن رجلاً جاء إلى بيت رسول الله فوقف مستقبل الباب فرآه النبي ﷺ فقال له : « إنما جعل الاستئذان من أجل النظر » وإذا دخل البصر فلا إذن .

(١) النساء - ٩٧ و ٩٨ . (٢) النور - ٢٧ و ٢٨ .

٨ - مبدأ التسامح : جاء الإسلام يدعو إلى التسامح مع الأفراد « وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هونا وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما » (١) ومع الجماعات المخالفة ، ولكن في غير ذلة « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » (٢) « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوك في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبغونهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » (٣) .

وأمثلة التسامح في سيرة رسول الله لا حصر لها . منها ما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع أن قوماً من غطفان وفزارة أخذوا إبلًا لقاحاً (حلوباً) من إبل الصدقة ، فخرجت أطلبها بعد أن صرخت ثلاث صرخات « يا صباحاه يا صباحاه » ، فلما أدركتهم جعلت أرميهم حتى استنفذتها منهم قبل أن يشربوا ، ثم أقبلت اسوقها ، فلقيني النبي فقلت يا رسول الله ، إن القوم عطاش وإني أعجلتهم أن يشربوا سقيهم ، فقال : « يا ابن الأكوع ملكك فاسجح إن القوم يقرون في قومهم » .

ملكك فاسجح مثل من أمثال العرب ، ومعناه إذا غلبت على الأحرار واستبدتهم فارفق بهم ولا تأخذهم بالشدة .

ولقد روى أن علي بن أبي طالب وهو خليفة بعث ابن عباس للخوارج الذين خرجوا عليه فناظرهم ، فرجع إلى صفوفه منهم أربعة آلاف ، وأصر مثلهم على عدم الرجوع ، فأرسل إليهم يقول : « كونوا حيث شئتم وبيننا وبينكم ألا تصفكوا دماً حراماً ، ولا تقطعوا سبيلاً ، ولا تظلموا أحداً فأنت فعلتم نبذت إليكم الحرب » وقال لهم مرة أخرى : « لا تبدأ بقتال ما لم تحدثوا فساداً » .

هذا هو الإسلام في سماحته مع المخالفين فأين منه ما يدعو إليه الأحرار اليوم في كل مكان من مبدأ « التعايش السلمي » .

(١) الفرقان - ٦٣ . (٢) الأتقال - ٦١ . (٣) المنتعة - ٨ .

٩ - مبدأ التضامن الاجتماعي : حرص الإسلام من أول الأمر على التضامن الاجتماعي بين طبقات الشعب . ففرض نظام الزكاة ، وجعلها ركناً من أركانه ، الزكاة التي تؤخذ من الأغنياء لتعطي للفقراء بنسبة معينة تختلف باختلاف الأموال ، الزكاة التي لم يجعلها الشارع تبرعاً وإحساناً ، بل جعلها حقاً واجباً في غير آية « وآتوا حقه يوم حصاده » (١) ، « والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (٢) ، وهذا النظام الذي يحقق التعاون والتكافل بين صنفين من الناس . بين الأغنياء والفقراء . يسد به حاجة المحتاجين ، ويعمله طهرة للأغنياء المؤمنين . ونماه لأموالهم « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها » (٣) . فتتولد المحبة في نفوس الفقراء ، والعطف والرحمة في قلوب الأغنياء فلا حقد ولا حسد ولا ضغينة ، بل مودة وتكاتف .

ثم إنه لم يقف في ذلك عند الزكاة ، بل جعل ذلك بقدر الحاجة يقدرها ولي الأمر بقدر ما يكفي المحتاجين ، وحل الأغنياء مسؤولية عدم كفايتهم وتوعدهم بالعذاب الشديد ، جاء في الحديث « إن الله فرض على الأغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع أغنيائهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ، ويعذبهم عذاباً أليماً » (٤) .

وروى ابن حزم في المحلى بسنده عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له » قال فذكر من أصناف المال ما ذكره حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل » .

(١) الأنعام - ١٤١ . (٢) المارج - ٢٤ ، ٢٥ . (٣) التوبة - ١٠٣ . (٤) روى ابن حزم في المحلى ج ٦ ص ١٥٨ مثل ذلك موقرناً على علي بن أبي طالب « إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم ، فإن جاعوا أو عروا وجهدوا فبمنع الأغنياء ، وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة ويعلبهم عليه » .

بل أكثر من ذلك إنه عليه السلام نفر من عدم المساعدة فقال : « ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم به » ، وقال : « أي رجل مات ضياعاً بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » .

وأخرج أبو داود عن علي رضي الله عنه قال : سيأتي على الناس زمان عضوض يعض المومر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى : « وما أنفقتُم من شيء فهو يخلفه وهو خير الرازقين » ويتشد شرار خلق الله يبايعون كل مضطر ألا إن بيع المضطر حرام . المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخونه إن كان عندك خير فعد به على أخيك ولا تذهه هلاكاً إلى هلاكه ^(١) .

ولقد كانت الدولة الإسلامية في عصورها الأولى تكفل الناس جميعاً بمطام فيه الكفاية لهم من بيت المال ، فهذا هو يفرض في خلافته لكل شخص حقاً في بيت المال ، فبعد أن دون الدواوين ، فنظم العطاء حتى يجعل للأطفال عطاء فيه ، وقد جعله أول الأمر بعد الفطام ، فلما وجد الناس تمجولوا فطام أطفالهم رجع عنه وقال : « يا أيها الناس لا تمجولوا فطام أطفالكم فإنا نفرض لهم بمجرد ولادتهم » .

بل لم يقصر العطاء على المسلمين ، فقد فرض للمجزة من أهل الذمة حينما رأى رجلاً كبيراً ضرباً من اليهود يسأل الناس ، فقال له : ما حملك على ذلك قال الحاجة إلى دفع الجزية ، وحاجة الميال ، فقال : ما أنصفناه أكلنا شيبته وضيعناه عند الهرم ، ثم أمر برفع الجزية عنه ، وأن يعطى وعياله ما يكفيهم من بيت المال طول مدة إقامتهم بدار الإسلام .

وفي بعض الروايات أنه كتب إلى خازن بيت المال يقول له : أنظر إلى هذا وضرباته ، فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شيبته ، ثم نخسره عند الهرم ، إنسا

(١) الاحتكام للشاطي ج ٢ ص ٢٤٤ .

الصدقات للفقراء والمساكين ، وهذا من مآكين أهل الكتاب ، ثم وضع عنه وعن ضربائه الجزية .

وقد مر وهو في طريقه إلى الشام براهب نصراني مريض بالجذام ، فأمر بإعطائه من بيت المال ما يكفي حاجته على الدوام .

وجاء في العهد الذي كتبه خالد بن الوليد لأهل الحيرة في عهد أبي بكر لما قبلوا دفع الجزية ^(١) بشأن من افتقر منهم .

« وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من الآفات أو كان غنياً فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين وعياله ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام فإنت خرجوا إلى غير دار الهجرة ودار الإسلام فليس على المسلمين النفقة على عيالهم . »

وفي عهد المنصور العباسي كانت الأرزاق تجري على القواعد والأيتام والعساكر .

وبالجملة فالشريعة الإسلامية بلغت غاية السمو والكمال والعسالة من أول أمرها بينما جاءت القوانين الوضعية ناقصة ، ورجالها يندشون لها الكمال دائماً .

وكما انتهوا إلى تقرير مبدأ سليم ظنوه جديداً ، وهو في شريعة الله قديم ، فهم ينتهون دائماً إلى ما بدأت به الشريعة من عدة قرون خلت .

ولعل هذه الحقيقة الواضحة هي التي حملت بعض الناس على الطعن في الشريعة من ناحية أخرى ، وهي أنها مستمدة من القانون الروماني ليرجعوا ما فيها من مزايا إلى قوانينهم ، وهذا يدعوننا إلى دفع هذه القرية الظالمة التي نشأت عن جهل أصحابها ، أو تجاهلهم للحقيقة الواضحة .

(١) الحراج لأبي يوسف ص ١٤٤ .

الفقه الاسلامي ودعوى تأثره بالقانون الروماني

هذه مسألة أثارت من زمن بعيد . أثارها فئة غريبة لم تعرف عن الإسلام إلى معلومات سطحية لا تمثل الإسلام في شيء ، أو عرفت منه الكثير ، ولكن العداء الساكن في القلوب أعمى البصائر وشوه الحقائق ، فملأوا ذلك ليشتكوا بسطاء المسلمين في فقههم فيولوا وجوههم نحو ما عندهم من الفقه الغربي . ولكن الحق لا يعدم أنصاره ، وقد يحى النصر على يد أعدائه أنفسهم .

والسألة بعد طول الكلام فيها ، وكثرة الأخذ والرد انتهت إلى وضع سليم اعترف فيه فقهاء الغرب في مؤتمراتهم العامة . بأن الفقه الإسلامي تشريع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره ، وأنه فقه حي قابل للتطور ، وأن الآراء المختلفة فيه تجعل منه ثروة حقوقية ضخمة تسع ما يجد في الحياة من أحداث .

وأصل المسألة أن فريقاً من المستشرقين زعم أن الفقه الإسلامي استمد بعض أصوله وقواعده من الفقه الروماني ، بل تنال بعضهم وقال : إن الفقهاء المسلمين أخذوا قواعد فقههم كلها عن القانون الروماني ، وتابعهم في هذا الزعم فريق آخر من ولع بتقليد كل ما هو غربي .

تمسك هؤلاء بأن الفقه الروماني سبق الفقه الإسلامي في الوجود ، فقد تم بناؤه وأخذ وضعه الأخير قبل أن يولد الفقه الإسلامي بأكثر من نصف قرن ومن الطبيعي أن المتأخر يستمد من المتقدم خصوصاً ، وأن الأول عاش القرون الطويلة بين دراسة العلماء ، وعناية الملوك ، ومعلوم أن الصحابة كانوا يسافرون بتجارهم إلى الشام — وهي إذ ذاك محكومة للدولة الرومانية — وفيها مدارس

تدرس القانون الروماني ، وحاكم تسير في نظامها وقضاها على قواعد ذلك القانون ، قتلوا هذا القانون ، وأمدوا فقههم به ، ثم لما قتلوا الشام استولوا على ما فيها من قوانين فهذبوها ، وتمموا بها فقههم الذي ما زال في دور الطفولة بعد .

والذي يؤيد ذلك تشابه الفقهين ، بل اتحادهما في بعض الأصول ، مثل « البيئة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١) ، وقاعدة المصالح المرسلة ، أو الاستصلاح في الفقه الإسلامي ، فإنها بصيغتها مبدأ المنفعة في الفقه الروماني ، وأن الإسلام يقرر مبدأ الحكم الإقليمي ، فإذا دخل غير المسلمين بلاد المسلمين خضعوا للحكم الإسلام ، كما أن الدولة الرومانية كانت تحكم على من خالفهم في الدين والوطن بالحكم الإقليمي لهم .

وهذا كما ترى كلام لا يصدر إلا عن منكر بأن الشريعة الإسلامية من وحي السماء ، لأن الأسبقية والأخذ والاستيلاء ، والتتبع صريح في ذلك .

ونحن نقول هؤلاء : إن مجرد الأسبقية في الوجود لا يلزم منها التأثير المزعوم وأن سفر الصحابة بالتجارة ما كان يعدو شبه الجزيرة العربية إلا قليلا ، وعلى فرض حصوله فمخروجهم للتجارة لا يستلزم تعلم هذه القوانين ، والتاريخ لم يحدثنا عن واحد منهم أنه خرج ليطلب العلم بالشام ، أو بغيرها ، ولم تكن هناك بعثات منهم قبل الرسالة ، وأما بعدها فقد كان الوحي ينزل من السماء ، ولم يكونوا يلجأون في أسئلتهم إلا إلى رسول الله ، ولم يثبت أن رسول الله بعث أحدا لإحضار هذه القوانين من الشام ، أو غيرها ، وكذلك لم يذهب^(٢) بنفسه

(١) أصل هذه القاعدة في الإسلام مأخوذ من حديث « لا ترك الناس ودعواهم لادعي قوم معاه قوم وأمواهم ، لكن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر » .

(٢) لم يخرج الرسول قبل بعثته إلى الشام إلا مرتين . أولاها مع عمه أبي طالب وكانت سنة ١٢ هـ ، والثانية حينما خرج بالتجارة لحديقه قبل زواجه منها وكانت سنة ١٢ هـ وعشرين سنة .

مثل هذا ، بل كان يرسل الملحقين إلى البلدان ، ولم يؤثر عنه أنه أمرهم بتعلم تلك القوانين ، ولا يعقل أنه يأخذ قوانين أجنبية من وضع البشر ، وينسبها إلى ربه ، والله يقول في كتابه : « ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين »^(١) ، ويقول في آية أخرى : « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى »^(٢) .

على أن الفقه الروماني قد كمل في عهد القيصر جوستينيان حيث تم جمعه في سنة ٥٢٩ بعد الميلاد ، ويعتبر سنة ٥٢٩ ضف ذلك الفقه باضمحلال الدولة الرومانية ، وجهه الناس ، ولم يعد يدرس كما كانت ، والإسلام بدأ بعد ذلك بنصف قرن ، فأنسى يتأثر هذا بقانون ائزوى وسط الكنائس والمعابد ؟ .

وقد يدعى أنه نقل إلى جزيرة العرب بعد ذلك ، وهذا الادعاء في غير محله لأن المؤرخين قرروا أنه ظل بعد هذا التاريخ مجهولاً عند جميع الناس حتى عند أهل أوربا أنفسهم ؛ لأن الطباعة لم تكن عرفت بعد والقوانين ظلت منحصرة في دائرة ضيقة جداً في أيدي مؤلفيها ، أو ورثتهم أو الكنائس وما شابهها من المعابد ، ثم بقيت في هذه الدائرة إلى أن وجدت الطباعة في أوائل النهضة الأوروبية في أوائل القرن الخامس عشر تقريباً ، حينئذ أمكن بعث هذه القوانين والمعثور عليها من الأماكن التي كانت مقبورة فيها .

ومن هذا يتبين أن الفقه الروماني بينما كان في عصر خوله واختفائه عن الأنظار كان الفقه الإسلامي في أزهى عصوره ، وأنه بدأ في القرن السابع الميلادي ، واستكمل نموه في هذا القرن وما يليه من القرنين الثامن والتاسع ، العصر الذي وجد فيه الأئمة الأربعة ، والذي دونت فيه مذاهبهم .

والتاريخ لم يحددنا عن فقيه من فقهاء المسلمين بعد عصر الصحابة بأنه تعلم على

(١) الحلقة - ٤٥ . (٢) التكم - ٤٠٣ .

معلم أجنبي ، فأخذ عنه القانون الروماني ، بل كلهم تعلم الفقه على فقهاء مسلمين وأخذوا مذهبهم من مصادر التشريع الإسلامي ، وكثيراً ما تناظروا الوصول إلى الحق ، فما سمعنا أن واحداً منهم استند في مناظرته إلى مادة من مواد القانون الروماني ، ولو كان ذلك حدث لكان أولى الأئمة بالتأثر بالإمام الأوزاعي فقيه الشام . فقد عاس فيها ، وتفقه حتى صار إماماً ، وقد كان القانون الروماني سائداً فيها قبل زمنه .

والواقع يتبادي بعكس ذلك لأن فقهه بني على الكتاب والسنة ، حتى هذه العلماء المسلمون من مدرسة أهل الحديث .

نعم إن المسلمين نقلوا بعض العلوم الأجنبية ، وترجموها إلى العربية في عصر الدولة العباسية ، فنقلوا المنطق والفلسفة عن اليونان ، واستفادوا من ذلك في طريق استدلالهم على الأحكام المجتهد فيها ، لكنهم لم ينقلوا فقههم ، وإلا لسجل التاريخ ذلك ، ولو كانوا في حاجة إليه لفعلوه ، ومن ادعى غير ذلك فليأت بما يثبت دعواه .

بقيت مسألة التشابه في بعض القواعد ، وهذا لا يدل على التأثر المزعوم لأن طبيعة النظام تستدعي مثل هذه القواعد ، ولأن كثيراً من المباحث الفقهية الحديثة مثل الأحوال الشخصية والعقوبات والمواريث وغيرها كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريقين وغيرهم من الأمم السابقة على الرومان ومع ذلك لم يقل أحد إن الإسلام تأثر بها .

ولا يقال إن الإسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عادات ، وبعضها مأخوذ من القانون الروماني ، لأن إقرار هذه العادات والمعاملات لا يعتبر أخذاً وتأثراً ، لأن الإسلام كما قلنا من قبل لم يأت للهدم ، بل جاء للبناء ولذلك أقر الصالح من العادات ، وهدم الفاسد ، وهذب ما احتاج إلى التهذيب .

وبما يقطع أصل هذه الدعوى أن الفقه الاسلامي - كما هو مقرر فيه - بني على
العدالة المطلقة من أول الأمر فلا ينظر إلى الأفراد إلا بقدر ما يصاح المجتمع
فالعدالة فيه تعتبر أمراً عملياً لا معدى عنه .

وأما الفقه الروماني فقد بني في أول الأمر على أن الحق للقوة ، فيقدر قوة
الفرد أو الجماعة يكون نصيبه من التشريع ، فقد كان الناس في زمنه طبقات ،
وأحكامه وضعت على نظام الطبقات ، حتى إنه كان يعتبر الإيذاء الذي يقع على
الشريف أفظح مما يقع على غيره من عاهة الناس ، وعقوبة للشريف إذا جني
جناية تكون أقل مما يعاقب به غيره ^(١) .

فإن هذا مما قرره الاسلام من أول الأمر على لسان الرسول الكريم ،
فيقول : «أما الناس إنما هلك من كان قبلكم لأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف
تركوه ، وإذا سرق الضعيف قطعوه ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت
للفطمت يدها » ويقول لبني هاشم : « يا بني هاشم لا أغني عنكم من الله شيئاً ،
يا صفية بنت عبد المطلب لا أغني عنك من الله شيئاً ، يا فاطمة بنت محمد لا
أغني عنك من الله شيئاً » .

وإذا كان هذا هو أساس النوعين فأنسى يتأثر الفقه الإسلامي وهو الكامل
بغائور وضع ناقصاً في أول الأمر ثم أخذ يطلب الكمال وينشد العدالة التي تعتبر
في نظر رجاله مثلاً أعلى يحاولون الوصول إليه ؟

وأخيراً نقول لهؤلاء الزاعمين : أن دعواكم هذه أساسها الجبل باللقه

(١) جاء في مدونة جوستليان ترجمة الروح الأمين عبد العزيز فهمي ص ٣١٧ إن من
يستوري أرملة مستقيمة أو عذراء فقوبته إن كان من بيته كريمة مصادرة نصف ماله ، وإن كان
من بيته نسيمة فقوبته الجدة والنفي من الأرض ، كما يقرر في موضع آخر ص ٢٦٣ : أن الإيذاء
الذي يقع على أحد أعضاء مجلس الشيوخ يكون أنفع من الذي يقع على أحد الرعايا .

الاسلامي وأسس ، لأن من يستعرض الفقهاء يجد كلا منها قد انفرد بأشياء ليست في الآخر .

ففي الفقه الاسلامي نظم لا أصل لها في القانون الروماني . كنظام الوقف ؛ والشفعة ؛ وموانع الزواج من الرضاع ، ونظام التميز ، وهو ترك تحديد العقوبة للقاضي حسب اجتهاده ، ومبدأ النيابة التعاقدية التي قررها الفقه الاسلامي من أول الأمر ، بينما يصل إليها الفقه الروماني إلا بعد جهد شاق طويل ، والحد من تصرفات المريض مرض الموت لحق الغرماء والورثة في الوقت الذي لا يعرفها القانون الروماني ، ولا ننسى ما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام العبادات التي ليس لها نظير في فقه الرومان ، كما انفرد الفقه الروماني بنظم لا وجود لها في الفقه الاسلامي ، كنظام للسلطة الأبوية ^(١) ، والسيادة الزوجية والوصاية على المرأة ، ونظام التبني الذي ألغاه الإسلام وأهدره .

وهناك نظم مشتركة بينهما ، ولكن قواعدهما مختلفة فيها أشد الاختلاف فالقانون الجنائي موجود فيها ، وشتان ما بينها ، فنظام التميز وهو ترك الحرية للقاضي في تقرير العقوبة المناسبة للجاني موجود في الفقه الاسلامي ولا وجود له في الروماني ، والاسلامي يعتبر الجريمة في درجة واحدة لا فرق بين ما يقع من الشريف وغيره ، ويوجد العقوبة بيبها ، والروماني يفرق في الجريمة والعقوبة بالنسبة للطبقات كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

ونظام الزواج مقرر فيها ، لكنه فردي عند الرومان ، ومتعدد عند المسلمين .

(١) كان يقرر أن ولاية الأب تستمر على ابنة مطلقاً ذكرها كان أم أنثى ما دام الأب حراً على قيد الحياة ، وتبقى هذه الرقبة حتى يأتي التحرر من الأب ، فإن لم تأت فتبقى حتى يموت الأب ، فكان الأصل في الإنسان هو العبودية ، والحرية عارض يمنح من شخص آخر ، وهذا عكس ما قرره الإسلام من أن الأصل هو الحرية ، والرق عارض وطأه عليه ، ومن الكلمات المأثورة في الإسلام « متى استبدتم الناس وقد ولتهم أمهاتهم إمرأاً » .

ونظام الموارث كذلك ، بيد أن المرأة لها مثل ما للرجل عند الرومان ، ولها النصف من نصيبه في الاسلام ، والطلاق حق مقرر فيها ، ولكنه من حق الزوج ، ومشارك بين الزوجين عند الرومان .

والفقود مشروعة في كل منها لكنها تقوم على الشكلية في الروماني ، بخلاف الفقه الاسلامي ، فانه لا يعرف الشكلية ولا يعترف بها ، لأن أساس التعاقد فيه هو مراضي المتعاقدين ، ولو كان التأثير موجوداً لوجد التوافق بينها ولو في الأنظمة المشتركة بينها .

وبعد : فتلك مناقشة هادئة مع هؤلاء الزاعمين الذين يريدون قلب الحقائق وتشويهها ، ولو أنصفوا التاريخ ، واعترفوا بالواقع لذهبوا إلى عكس ما يقولون ، وشهدوا بأن الاسلام كان له فضل كبير في تهضة أوروبا بعد القرون الوسطى ، حيناً تسربت إليها تعاليم الاسلام من أسبانيا .

ففي أوائل القرن الحادي عشر ذهب « هوبرت الفرنسي » مع إخوان له من أنصار العلم والحق يتلقون العلوم في مدارس الأندلس الاسلامية . وفي جلستها الفقه الاسلامي ، وكانوا يتوجون دروسهم إلى لغتهم ، ولما كانت الحقوق عندهم رديئة ، والقوانين ظالمة مشوشة ، فكروا في نقل ما يلائهم من الفقه الاسلامي ، وأقنعوا ملوكهم بذلك ، وأخيراً اتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية . أو القانون المدني ، وأن يعزوه لعلاء الحقوق منهم ، نتيجة لبعثهم لا أنه أخذ من الفقه الاسلامي ، كيلا ينفر المسيحيون المتعصبون لدينهم هكذا قرره المؤرخ الألماني ، موسيم في تاريخ الكنيسة ^(١) .

وهذا الكلام -- مع خلوه من دقة التعبير -- لا يبعد عن الحقيقة المقررة في

(١) راجع بحثاً في هذا الموضوع منشوراً في مجلة الأزهر المجلد الثامن صفحة ٢٦٤ للأستاذ سيد عفيفي .

التاريخ من أن مدارس الأندلس الإسلامية كان لها أكبر الأثر في النهضة الأوربية وبخاصة في فرنسا جارتها الملاصقة .

وليس ببعيد ما نقله الفرنسيون عن الفقه الإسلامي ، وبخاصة الفقه المالكي عند احتلالهم لمصر بعد الحملة الفرنسية ، ومن يتتبع مواد القانون الفرنسي يجد فيها الشيء الكثير من الموافقة للفقه المالكي .

ولمَّا تذكر ما أشرنا إليه أول البحث ، وقدمناه مفصلاً في مقدمة الكتاب من اعتراف رجال القانون الغربيين في المؤتمر الدولي للقانون المقارن في دورته الثانية في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٧ م أن الشريعة الإسلامية تعتبر تشريعاً مرناً قابلاً للتطور مستقلاً بذاته ليس مأخوذاً من غيره .

الحيل وموقف الشريعة منها

وقبل أن ننهي هذا القسم من الكتاب نذكر كلمة عن الحيل وموقف الشريعة منها لنُدفع بها شبهة يضل بها المخوضون ، فيقولون : إن التحايل على إسقاط الحقوق ، وإبطال الواجبات أصل متبع في الشريعة الإسلامية ، فهي شريعة تحافظ على الرسوم والأشكال بقيت الحقائق معها أم ذهبت . ويستندون في زعمهم هذا إلى حيل نقلت عن طائفة ممن انتسبوا إلى الفقه في عصوره المظلمة فوجهوا عنايتهم إلى القشور . وشغلوا بها عن الباب فنقول وبالله التوفيق .

كلمة الحيلة في أصل وضعها اللغوي تدل على نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال ، ثم غلب استعمالها عرفاً في سلوك الطريق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتطعن له إلا بنوع من الذكاء ، فهذا أخص من موضوعها في الأصل ، وهو أعم من كون المقصود بها أمراً جائزاً أو محرماً .

ثم لما قال رسول الله ﷺ : لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فاستحلوا حرام الله بأدنى الحيل . غلب استعمالها في أمر أخص من ذلك ، وهو التوصل بها إلى المنوع شرعاً أو عقلاً أو عادة ، وهو قلب الحرام حلالاً فقلب عليها في عرف الناس ذلك . فيقولون : فلان يطم الناس الحيل أو من أرباب الحيل ، ويريدون المحرمة .

وعرفها الشاطبي في موافقاته : بأنها التسبب في إسقاط الواجب عليه ، أو تحليل الحرام بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب

في الظاهر ، والمحرم غير محرم في الظاهر كذلك بحيث لا يسقط ذلك الواجب .
أو لا ينقلب ذلك المحرم إلا مع تلك الوسيلة مع العلم بأنها لم تشرع له .

فالتحليل يشتمل على مقدمتين :

١ - قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر .

٢ - جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معانٍ وسائل إلى قلب تلك الأحكام
فهذا - كما ترى - تعريف للنوع المحرم منها ، لذلك مثل لما بما اتفق على تحريمه
كمن شرب الخمر ليقيبه عقله لأجل إسقاط الصلاة بعد ما وجبت عليه بدخول
وقتها ، ومن ينشئ سفرأ إذا دخل عليه رمضان ليقطر .

حكما في الشريعة : من يستعرض نصوص الشريعة يجد فيها بعض النصوص
تتهي عن الحيل وتحرمها ، وتشدد التكبير على فاعليها ، كالحديث السابق :
« لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود » ، كما يجد منها ما يفيد مشروعية بعض الحيل .

ففي قصة أيوب عليه السلام « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تمحنت إنا
وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب^(١) » فقد أرشده الله إلى طريقة يخرج بها من
بينه . وهو بما ينطوي تحت اسم الحيل .

ولقد ثبت أن رجلاً زنى على عهد رسول الله ، وكان ضعيفاً فأمر رسول الله
بأن يضرب بمسقال به مائة شراخ ضربة واحدة .

كما ثبت أن رسول الله أقر بعض الصحابة على ما فعلوا من هذا النوع ، من
ذلك أن عبد الله بن رواحة واقع جاريته ، فلما رأته زوجته ثارت عليه ،
وذهبت فأتت بسكين بعد أن قضى حاجته ، فقالت : لو وجدتك على الحال

(١) سورة ص ٤٤ .

التي كنت عليها لو حانتك ، فأنكر ، فقالت : فاقراً إن كنت صادقاً ، فقال :

شهدت بأن وعد الله حق	وأن النار مثوى الكافرينا
وأن العرش فوق الماء طاف	وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد	ملائكة الإله مسومينا

فقالت : آمنت بكتاب الله وكذبت بصري ، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فضحك ولم ينكر عليه .

وهذا تحايل بإظهار القراءة لما أوم أنه قرآن ليتخلص من مكروه الغيرة .

ومن هنا قرر العلماء أن الحيل نوعان نوع ممنوع ، وآخر غير ممنوع ، ولكن ما هو الحد الفاصل بين النوعين ؟

لم يرد في الشرع تحديد لذلك فاجتهد العلماء فيه ، ونقلت عنهم عبارات متقاربة في هذا المعنى .

فالإمام محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة يقول ^(١) : « ما احتال به المسلم حتى يتخلص به من الحرام ، أو يتوصل به إلى الحلال فلا بأس ، وما احتال به حتى يبطل حقاً أو يحق باطلاً . أو يدخل به شبهة في حق مكروه ، ، والمكروه عنده قريب من الحرام .

ويقول المحوي في شرحه للأشياء والنظائر : الحيلة الجائزة ما تكون غلصاً

(١) جاء ذلك في مقدمة كتاب الحيل للخصاف ، وفي مبسوط السرخسي في أرائل الكلام ط الخيل ج ٣٠ ص ٢١٠ وعبارته ، فالخاسل أن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن وإلغا يكره ذلك أن يحتال في حق الرجل حتى يبطله أو في باطل حتى يومه أو في حق حتى يدخل فيه شبهة فما كان ط هذا السبيل فهو مكروه وما كان ط السبيل الذي قلنا أولاً فلا بأس به » له .

شرعياً لمن ابتلي بمحادثة دينية .

ومع هذا التعميد وقع الاشتباه في بعض الحيل ، أهي من النوع المباح شرعاً أم من النوع المحرم ؟

ولهذا قسم صاحب إعلام الموقعين الحيل ثلاثة أقسام :

١ - باطل بالاتفاق كحيل المتافقين والمرايين وما شاكل ذلك .

٢ - جائز بالاتفاق كالتطيق بكلمة الكفر إكراهاً عليها .

٣ - مختلف في جوازه بين الأئمة وسبب الاختلاف وجود الشبه فيه للقسمين السابقين ، وعدم دليل يلحقه بأحدهما ، فمن أجازوه نظر إلى أنه غير مخالف للمصلحة التي وضعت لها الشريعة ، ومن منعه نظر إلى مخالفته لها ، ولا يصح أن يقال : إن من أجازوه فعله وهو يعلم أنه مخالف لوضع الشريعة ، لأن هذا معصية للشارع . وهو لا يصح من مسلم عامي فضلاً عن إمام مجتهد ، بل هو أجازوه بناء على تحري قصده . وأن هذا لاحق بقسم التحيل الجائز ، وكذلك المانع لم يمنعه مقرأ بموافقة لقصد الشارع . وإنما منعه بعد أن ظهر له أنه من القسم المنوع . مثال ذلك نكاح المحلل .

ثم خلس من هذا التقسيم إلى تقرير ضابط قريب مما سبق قال فيه : « الحيل الباطلة هي ما هدمت أصلاً شرعياً أو أفضت مصلحة شرعية . وصاعد ذلك

فجائز بالاتفاق أو مختلف فيه » .

موقف الأئمة منها : أخذ بمبدأ الحيل الإمام أبو حنيفة . وأكثر ما روي عنه منها كان في باب الأيمان والطلاق لما رأى قفتن أهل العراق في تلك الأيمان فيخطر المحالوف عليه إلى طريق يخلص منه .

ولم ينقل عن الأئمة الثلاثة شيء من ذلك بعنوان الحيل ، وإن كان في فروعهم ما ينطبق عليه حد الحيلة ، ولا شك في أن ما أجازره أبو حنيفة ليس من النوع الثاني للمناصد الشارع .

ولكن بعض الأتباع أخذوا بهذا القدر وجملوه مبدأ عاماً طبقوه في كل أبواب الفقه تحريماً على أصول الإمام ، فبعد أن كان علاجاً للخروج من مأزق الأيمان أصبح معولاً يهدم به صرح الشريعة ، وينقض بناءها حجراً بعد حجر ، وإنك لتجد العجب العجيب من حيل هؤلاء المتأخرين الذين اتخذوا من ذلك طريقاً لشعد الأذهان ، ففرضوا المسائل والتعاضيل فيها ، حتى تحايوا على ضياع الحقوق . وإسقاط الواجبات ، وارثكاب المحرمات ، فيفتنون المرأة التي تريد الخروج من عصمة زوجها بأن تردد عن الإسلام ، أو تقبل مع ابنه من غيرها - إن وجد - فعلاً شائناً كي تحرم عليه وأمثال ذلك ، ولو علم الأئمة بأنها ستستغل هذا الاستغلال السيء لما فعلوا شيئاً منها .

يقول ابن القيم في إعلام الموقعين^(١) : والمتأخرون أحدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة نسبوها إلى الأئمة ، وهم مخطئون في نسبتها إليهم ، ولهم مع الأئمة موقف بين يدي الله عز وجل ، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانته في الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ، ولا بالدلالة عليها ، ولا كان يشير على مسلم بها ، وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم .

وإن كان رحمه الله تعالى يجري المقود على ظاهرها ، ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيتة ، فعاشه أن يأمر الناس بالكذب والخذاع والمكر والاحتيال وما لا حقيقة له ، بل ما يتيقن أن باطنه خلاف ظاهره . ولا يظن بن دون الشافعي

(١) ج ٣ ص ٦٣٦ وما بعدها .

من أهل العلم والدين أنه يأمر أو يبيع ذلك ، فالفرق ظاهر بين أن لا يعتبر القصد في العقد ويحريه على ظاهره وبين أن يسوغ عقداً علم ببناءه على المكر والخداع وقد علم أن باطنه خلاف ظاهره . فوالله ما سوغ الشافعي ولا إمام من الأئمة هذا العقد قط ، ومن نسب ذلك إليهم فهم خصاؤه عند الله ، فالذي سوغه الأئمة بمنزلة الحاكم يجري الأحكام على ظاهر عدالة الشهود وإن كانوا في الباطن شهداء زور ، والذي سوغه أصحاب الحيل بمنزلة الحاكم يعلم أنهم في الباطن شهداء زور كذبة وأن ما شهدوا به لا حقيقة له . ثم يحكم بظاهر عدالتهم .

وهكذا في مسألة المينة إنما جوز الشافعي أن يبيع السلعة بمن اشتراها منه جرباً على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع ، ولو قيل للشافعي إن المتعاقدين قد تواطأ على ألف بألف ومائتين وترواضا على ذلك وجعلوا السلعة محلاً للربا لم يجوز ذلك ولأنكره غاية الإنكار .

وقال استاذ ابن تيمية من قبله : «وب هذا الداء إلى كثير من فقهاء الطوائف حتى أن بعض أتباع الإمام أحمد الذي كان من أبعد الناس عن هذه الحيل تلطخوا بها فأدخلها بعضهم في الإيمان ، وكثر ذلك من بعض المنتسبين إلى الشافعي وتوسع بعض أصحاب أبي حنيفة فيها توسعاً تدل أصول أبي حنيفة على خلافه وحتى صار من يفتى مكانه يعلم الناس فاتحة الكلام أو صفة الصلاة لا يبين للمستفتي أنها مكروهة بالاتفاق وأنها محرمة عند كثير من العلماء بل أكثرهم »

ومن يتتبع تلك الحيل المنقولة عنهم يجدونها صادرة إما عن جهل بأسرار التشريع وحكمه التي لا يعلمها إلا الله والراسخون في العلم ، وإما لأنه أخطأ الصواب وظن أنه مصيب .

مضى نشأت الحيل ؟ : ترى فريقاً من عاب أرباب الحيل يطمنون على أبي حنيفة ، ويقولون : إنه أول من أنشأ الحيل ، وسموه إمام أهل الحيل ، كما

سموه إمام أهل الرأي ، وهذا غير صحيح ، لأن الحيل كانت موجودة من قبله عند شيعة حماد ، ومن قبله إبراهيم النخعي ، وقد روى أبو حنيفة نفسه الأحاديث المبيحة لها عنهم ومن طريقهم ، غاية الأمر أنه توسع فيها فنسبت إليه ، كما نسب إليه العمل بالرأي مع أنه كان موجوداً من قبل .

والخصاف في كتابه الحيل^(١) يروى عن إبراهيم النخعي عدة حيل أفق بها في باب الإيمان ، وكذلك ينقل عن الحسن البصري وابن سيرين أنها أجازا بعض الحيل ، وأقرا الفاهل عليها .

وكما نسبوا إلى أبي حنيفة أنه أول من عمل بالحيل نسبوا إليه كتاباً فيها كان موضع ذم العلماء ، كما فعل الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد^(٢) .

وهذه النسبة خطأ ، والخطيب نفسه تناقض في كلامه ، فبينما يروى عن ابن المبارك أنه قال : « من كان عنده كتاب أبي حنيفة في الحيل يفتي به فقد أحل ما حرم الله ، إذ يروي في موضع آخر أن ابن المبارك أخذ الفقه عن أبي حنيفة ، وأنه كان يحسن القول فيه .

فكيف توفق بين هاتين المقتاتين ، وكيف يعقل أن ابن المبارك يأخذ فقهاً عن رجل يعتقد أنه يحل ما حرم الله ، ويحرم ما أحله الله بالحيل ؟ !

وأول كتاب وصلنا من كتب الخنفية في الحيل هو كتاب الخصاف المتوفي سنة ٨٢٦١ .

وهذا الكتاب مشتمل على حيل في معظم أبواب الفقه من المعاملات . ولم يذكر في غيرها إلا بعض مسائل في كتابي الزكاة والزواج .

(١) ص ١ ص ١١ (٢) ج ١٣ في ترجمة أبي حنيفة .

والكتاب يدلنا على ان الحيل بعد عصر أبي حنيفة سارت بخطوات واسعة لأنها في قرن واحد من الزمان من ١٥٠ - ٢٦١ خرجت من باب الإيماث والطلاق إلى جميع أبواب المعاملات .

ولما ازداد التنافس بين الفقهاء خاصة الحنفية والشافعية دخل الشافعية هذا الباب حياء في الظهور أمام الحكام والناس من جهة ، والرغبة في الدنيا من جهة أخرى فآلفوا فيها ، ولكنه كان عملاً تقليدياً غلب عليه التكلف في كل مسائله .

من هذه الكلمة العاجلة نعم أن الحيل الباطلة التي قيل إنها أصل أصيل في الفقه الإسلامي لا أصل لها في شرع الله ، وأن أئمة الإسلام منها براء ، وأنهم لم توجد إلا ثمرة من ثمرات التقليد البغيض .

وأن الداعين إليها والماملين بها لم يفهموا روح الشريعة ، ولم ينفقوا على أسرارها ، وأنها جاءت لتحقيق المصالح للناس ، ودفع المآخذ عنهم من غير عنث ولا إرهاب .

وبعد : فهذه لمحات خاطفة عن حياة هذا الفقه الخالد ، عرفنا منه نشأته ، وكيف تدرج في مدارج النمو حتى وصل إلى القمة التي لم يصل إليها ، بل لم يقاربها فقه آخر ، ثم بدأ ينزل من قمته العالية شيئاً فشيئاً متجهياً نحو منحدر بعيد الغور على أيدي رجاله المتأخرين الذين تسلموا هذه الأمانة بمن سبقهم من المتقدمين ، فلم يحسنوا القيام عليها فاساروا بها في طريق آخر متعرج غير مستقيم ، طريق التقليد والوقوف عند كلام المجتهدين ، ولينهم وقفوا عند العمل به ولكنهم تجاوزوه إلى سلوك طريق آخر مليء بالأشواك والمآزق طريق التعصب لتلك الأقوال ، والدفاع عنها ، كأنها دين يجب الوقوف عند حدوده .

فنتج عن ذلك توقف هذا الفقه - الفقه وقفاً عنده - عن الاستجابة لما

تتطلبه مشاكل الحياة من حلول ، مما جعل الفقه الأجنبي يدخل مصرنا وغيرها من البلدان الإسلامية على حين غفلة من أهلها مع المستعمر الفاسد ، ويرفع رأيته على ربيع تلك البلاد ، فتصبح له الكلمة النافذة بين عشية وضحاها بمد أن يحى الفقه الإسلامي من منصة القضاء إلا في مسائل قليلة أبقى العمل بها لما لها من ارتباط وثيق بدين الدولة الرسمي ، ثم قالت السنون والمشتغلون بالقانون في مصر يعملون جاهدين على تمحيصه فعدلوه غير مرة . ولكن هذه التعديلات على سكاثرها لم تغير من سعته الأجنبية . ولا طبيعته الفرنسية . بل ظل كما قال الدكتور السنهوري في وسطه : « لا يزال الفقه المصري يتلصق في الفقه الفرنسي المهادي المرشد لا يكاد يتزحزح عن أفقه أو ينصرف عن مسراه فهو ظله اللاصق وثأيمه الأمين » .

ولما تقدم الوعي القومي ، وهب الناس مطالبين بالتخلص من الاحتلال الأجنبي في شتى مظاهره ، وتتابع اعتراف فقهاء الغرب في مؤتمراتهم العامة . بأن الفقه الإسلامي له قيمة حقوقية لا تقل عما في غيره من أحدث القوانين وأعرافها ، وأنه مستقل بذاته ليس مأخوذاً من غيره كل ذلك لفت نظر رجال القانون عندنا إلى ما في هذا الفقه من مزايا ، فجمعوا نحوه باحثين وأخذوا . فوضعت فيه رسائل عديدة مقارنة بينه وبين القوانين الأخرى « الوضعية » وضما طلاب الدراسات العليا في الحقوق ، وأخذت منه أحكام كثيرة طعم بها القانون المدني الجديد ، ثم جعل مصدراً رسمياً من مصادره كما نبهنا إلى ذلك من قبل .

واشتغل بدراسته - دراسة واسعة - بعض رجال القانون ، فكان من نتيجة تعمقهم في البحث فيه أن وقفوا بأنفسهم على ما في هذه الشريعة من مبادئ ونظريات لا تقل عما في أحدث القوانين ، وأعلنوا ذلك في صراحة .

يقول الحقوقي الكبير الدكتور السنهوري في بعض مقالاته ما نصه : « ففي

الشريعة عناصر لوتولها يد الصياغة فأحسنت صياقتها لصنعت منها نظرياتها ومبادئه لا تقلل في الرقي والشمول في مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نزلت على العالم من قبله .

بقيت وراء هذا وذاك أمنية تتردد في النفوس لا في نفوس المصريين فحسب . بل في نفوس العرب جميعاً . هذه الأمنية هي أن يصبح الفقه الإسلامي المصدر الأول للقانون السائد ، وليس ببعيد أن تتحقق تلك الأمنية لأننا سائرون في طريق التوحيد ، وسيكون - بإذن الله - توحيد القانون عنصراً هاماً من عناصر تلك الوحدة أن تتحقق قبلها ، وقد يحى مدحها إذا جاء بعد تحققها .

هذه أمنية غالية ، والأمني لا تتحقق إلا بالعمل . فماذا نحن فاعلون لكي نبلغ ما نريد ؟

هذه أمنية السعرة الغالبة مع أنه لا يزال يوجد بين الناس من يظن بل ويمتد أن الفقه الإسلامي لا يصلح للعمل به الآن ، ولا يستطيع مسايرة هذه المدينيات المختلفة

ونحن نلج إلى أن هذا الظن ناشئ إما عن أن صاحبه ينظر إلى هذا الفقه بمنزلة في مذهب معين من المذاهب التي كان يعمل بها إلى وقت قريب ، فيرى فيه ضيقاً وحرجاً في بعض فروعها . أو ينظر إليه نظرة أوسع من تلك . فينظر إليه بمنزلة في مجموعة المذاهب ، لكنه مع هذا يعتقد أن تلك الأحكام المتقولة فيها لازمة لا تقبل التمدل ولا التغير . كما اعتقد ذلك من قبله البسطاء ممن انكبوا إلى هذا الفقه من المقلدين .

وقد قلنا غير مرة : إن هذا الفقه بمذاهبه العديدة مليء بالحلول والمبادئ التي لا تقف أمام الأحداث على كثرتها ، وأن ما لا نجد في مذهب نجد في مذهب غيره وما نجد مضيئاً في واحد منها نجد موصفاً في غيره .

وأن الأحكام الاجتهادية التي نقلت عن الأئمة وأتباعهم قابلة للتغيير والتعديل كلما جدت الحاجة إلى ذلك ، وأنها لم توضع لتكون طوقاً نطوق به أعناقنا إلى يوم يبعثون . بل إن الوقوف عندها أبداً ضلال في الدين . ومخالفة لطريقة السلف الماضين . كما قال الإمام القرافي : « والجمود على المقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .

وأن أصول الشريعة العامة تجعلنا في حل من كل ما يرقعنا في الحرج . أو يلحق بنا الضرر الشديد .

وأن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحاً للسالكين الذين تأهلوا له ، وهم أصحاب الملكات الفقهية الممتازة لآكل من يدعى أنه فقيه من أولئك الذين لم يزالوا في أول الطريق يحبون حبواً على أيديهم ، وأرجلهم ، فإن هؤلاء أضربوا على الفقه من أهدائه .

ومن هنا نستطيع أخذ قانون عام من هذه الموسوعات التي خلفتها المذاهب المعيدة نأخذ منها ما يلائم العصر الذي نعيش فيه ، فإن لم يوجد فبالاجتهاد الجماعي ، لأن الاجتهاد الفردي غير مأمون العاقبة في هذا العمل الخطير .

الاجتهاد الجماعي^١ الذي يشير إليه حديث^(١) يروى في هذا الموضوع وهو ما رواه مالك بن أنس بسنده إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال : قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن . ولم تحض فيه منك سنة ،

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٤ وهذا الحديث وإسناده قيل فيه إنه غريب إلا أن معناه صحيح تؤيده النصوص القطعية من القرآن « وشاورم في الأمر » ، « وأمرم شوري بينهم » . وفعل الخلفاء الراشدين موافق له ، فإنهم كانوا إذا نزل الأمر كذلك جموا له أهل الشورى ، تباحثوا فيه ولم يستبد واحد منهم برأيه .

قال : « أجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجملوه شوري بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد » .

والسبيل إلى ذلك أن يؤلف من رجال الفقه الاسلامي الذين يمثلون المذاهب المختلفة جماعة على هيئة مؤتمر لا يقتصر فيه على فقهاء قطر بعينه . بل يشترك فيه بعض الفقهاء النابيين من كل دولة ترغب في ذلك ، ويوكل إليهم التحضير لهذا المشروع بعد أن توفر لهم الوسائل ويماونهم في ذلك جمهرة من رجال القانون الذين مرنوا على الصياغة .

فإذا تم ذلك تحت إشراف الدولة ورعايتها أمكن لهؤلاء القيام بهذه المهمة .

قد يقال : إن هذا عمل يحتاج إلى السنين الطوال ، وقد تعاضه عقبات يقف عندها ، مع ما فيه من هدم لصرح قانون شيد الفقهاء في أكثر من سبعين عاماً . وفوق ذلك كله فإنه يحدث هزة عنيفة في الوسط القانوني واضطراباً فيه

وهذه في الواقع تشكيكات لا تقف حاجزاً بيننا وبين هذا العمل الجليل ، لأن طول الزمن لا يمنع من الإقدام على أي عمل ، حيث إن الأعمال — وبخاصة العظيم منها — لا تتم في يوم وليلة ، بل تحتاج إلى صبر وأناة ، وأما العقبات المزعومة فلا أثر لها متى صحت النباش وصدقت المزائم ، وأما الهدم فإننا لا نريده ولا نقصده . بل غرضنا أن نجعل المصدر الأول لقانوننا الفقه الإسلامي الذي نزل الوحي بقواعده وأصوله . ثم امتدت فروعه وأينمت غرائه في بلاد الشرق على أيدي فقهاء شرقيين عاشوا في الشرق وراعوا عاداته وتقاليده ، فهو الذي يلائم بيئتنا الشرقية دون سواه ^(١) وليس كل ما جاءت به القوانين الأخرى ياباه

(١) يقول الدكتور السنهوري في مقال له بجريدة القانون والاقتصاد من السنة السادسة في هذا الشأن ما نصه ، « واستفاء تشريعنا بقدر الامكان من مصدر الشريعة الاسلامية عمل ينطلق من »

الفقه الإسلامي ولا يقره ، بل قد تتفق معه في الكثير من مبادئه ونظرياته ، وكيف لا تتفق معه وقد أخذت منه الكثير إبان ازدهاره في بلاد الأندلس وفي حلة نابليون على مصر ؟

فالكثير من هذه القوانين شرقي إسلامي الأصل ، ولكنهم صاغوه وصبغوه بصبغة غربية ثم صدوره إلينا على أنه غربي المولد والنشأة 1 .

إننا إذا التفتنا ، وقصدنا التمديل فقط حق يتفق مع الفقه الإسلامي تقادينا الهزات والاضطرابات ، وتمكننا من أن نحصر ما يترك من القوانين القائمة في أضيق نطاق ، فنترك منها ما خالف النصوص القطعية في الإسلام أو ناقض قواعده وأصوله . وما عدا ذلك فلا يعدم أن يوجد له نظير في مذهب من المذاهب ، فإن لم يوجد فإنه يدخل الفقه الإسلامي من باب المصالح أو الاستحسان ، أو العرف كما سبق تقريره .

ومن هنا يصبح عمل المؤتمر تمديلاً للأسس والمبادئ لا الإنشاء والصياغة من أوله إلى آخره ، وحينئذ لا تكون المهمة شاقة فوق الطاقة ، ولا عسيرة غير ممكنة كما يتصورها البعض ، بل تكون سهلة ميسورة يستطيع البدء فيها ، ولا ينتظر بها حق نميد عرض الفقه الإسلامي عرضاً حديثاً كما يقترح البعض أو تطويره كما يقول الآخرون .

لأن هذا العرض أو التطوير إن لم يعم به جماعة منظمة تحت إشراف الدولة يكون الأصل في تحقيقه ضميماً ، أو يحتاج إلى زمن طويل لا يعلم مداه إلا علام الغيوب .

تتألبدا القانونية القديمة . ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقاً ، بل ينمو ويتطور ويتصل حاضره بآثاره « وقد صرح في موضع آخر : « بأن الشريعة الإسلامية بمجالاتها الموجودة - من غير تجديد فيها - صالحة لأن تكون مصدراً للتقنين » .

هذا وقد تحقق الجزء الأول من هذا الرجاء. فتكون في الأزمهر مجمع البحوث الإسلامية وحل محل جماعة كبار العلماء وروعي في تشكيكه أن يضم علماء من جميع الأقطار الإسلامية كما يضم علماء من غير الفقهاء .

والوحدة بين الدول العربية تسير في طريقها المستقيم ، وهي إذا تحققت فلا بد لها من توحيد للقوانين ، ولا يقل أن نلجأ إلى القوانين الأجنبية ونحن لمحارب الاستعمار بجميع أشكاله ، ولئن يتم لنا النصر عليه إلا إذا أجهنا إلى شريعة الله نستمد منها هذا القانون الموحد .

وسيكون ذلك بإذن الله ..

القسم الثاني

تمهيد

يقولون : إن الفقه الاسلامي بني على الجزئيات ، فهو عبارة عن مجموعات من الأحكام مأخوذة بالاجتهاد من المصادر التي يستقى منها ، أو بالتخريج على طريقة الأئمة ، فما هو إلا حلول جزئية للأحكام ، وإن الفقهاء المسلمين لم يدونوا الفقه على هيئة نظريات عامة وقواعد كلية ، كما هو موجود في فقه القوانين الوضعية ، وهذا يحمل الاستفادة منه قليلة بل عسيرة ، فإن الباحث في محيط الأحكام الجزئية المبعثرة هنا وهناك يسير في طريق متشعب المسالك .

والفقه الأجنبي وإن كان في أول^(١) أمره بني على الجزئيات إلا أن رجاله قدموه وصاغوه على هيئة نظريات ، فكانت دراسته مجدية لسهولة تطبيقه على من عقل تلك النظريات .

ونحن نقرر أن رجال الفقه الاسلامي لم يعملوا ناحية التقعيد ، بل أقول . إن فقهاء المصور الأولى « وهم المجتهدون » كان عيادهم في الاستنباط في غالب الأحوال هو القواعد العامة . فكل فقيه من هؤلاء كان يستعرض النصوص الواردة في نوع واحد من الأحكام ، ويعد معرفة ناسخها ومنسوخها ، وعامها وخاصها ، ومطلقها ومقيدها يستخلص منها قاعدة عامة يطبقها على الوقائع الجزئية ، حتى أن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما يروى له من الأحاديث . كما روى عن أبي حنيفة ، ثم إنهم عند تطبيق هذه القواعد قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها في موضع معين يترتب عليه حرج ومشقة فيعدل عن

(١) راجع أصول الفرائين للدكتورين السنهوري وحشمت أبي سبيت ص ١٣٣

هذا التطبيق وبلحا إلى قاعدة أخرى يطبقها ، ومن هنا نشأت قاعدة الاستحسان الذي عمل به الحنفية والمالكية بصورة واضحة ، وقاعدة رفع الحرج ودفع الحاجة عند غيرهم .

كانت هذه القواعد تسمى بالقياس أحيانا ، ولذلك وردت كلمة على وفق القياس ، وعلى خلاف القياس في كلامهم كثيرا .

ولو كان هؤلاء الأئمة دونوا قواعدهم تلك لكان الفقه الإسلامي الآن وقبل الآن في غنى عن دفاع أهله عنه ، ودفع شبه الطاعنين فيه ، على أن هؤلاء الأئمة قواعد من نوع آخر ، هي قواعد الاستنباط ، فكل إمام له طريقة في الاجتهاد قد تختلف عن طريقة غيره في بعض نواحيها .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه في عصر الأئمة ، وهو الذي سمي فيما بعد بأصول الفقه . بدأه الإمام الشافعي ، وتبعه الإمام أحمد بن حنبل ، ثم الفقهاء أتباع الأئمة من بعدها تابعوها في ذلك حتى كمل بناؤه ، وأصبح ميزة من مميزات الفقه الإسلامي

إذا كان في الفقه الإسلامي نوعان من القواعد . قواعد الاستنباط ، وقواعد أخرى عبارة عن أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها .

ولقد صرح بذلك الإمام القرافي المالكي المتوفي سنة ٦٨٤ هـ في مقدمة كتاب الفروق فقال : « إن الشريعة الحمديدية اشتملت على أصول وفروع . وأصولها قسمان . أحدهما المسمى بأصول الفقه ، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة . وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب ، والنهي للتحريم . الخ .

والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على

أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن كان يشار إليها هناك على سبيل الإجمال ويبقى تفصيله لم يتحصل. وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندماجها في הכלيات والمحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب»^(١).

فهذا اعتراف منه بأن تعقيد القواعد يسهل عمل الفقيه، وأن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية.

وليس هو أول من حاول استنباط القواعد بل لقد سبقه إلى هذه المحاولة شيخه عز الدين بن عبد السلام الشافعي المتوفي سنة ٦٦٠ هـ في كتابه وقواعد الأحكام في مصالح الأنام.

ثم جاء بعدهما عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥ هـ فألف كتابه القواعد، ثم يحيى من بعد هؤلاء التاج السبكي والجلال السيوطي الشافعيان ويؤلف كل منهما كتابه «الأشباه والنظائر».

ولا يفهم من هذا أن محاولة التعميد لم تبدأ إلا في القرن السابع، بل إنها بدأت قبل ذلك بعدة قرون، بدأها فقهاء الحنفية من أوائل القرن

(١) ثم أبان أنه وضع قواعد مفرقة في كتابه الذخيرة، ثم أراد جمعها وزيادة عليها في كتاب خاص سماه «أنوار البروق في أنوار الفروق» وأخبر أنه جمع فيه من القواعد خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة، وله كتاب آخر سماه «كتاب الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرّف القاضي والامام» ذكر فيه أربعين مسألة جامعة لأسرار هذه الفروق، وكلا الكتابين مطبوع.

الرابع (١) .

وأول من فعل ذلك - فيما نعلم - أبو طاهر الدباس - جمع منها سبع عشرة قاعدة . منها : الضرر يزال ، واليقين لا يزول بالشك ، والعادة محكمة ، والمشقة تجلب التيسير .

ولما علم بذلك أبو الحسن الكرخي ، وكان معاصراً له ، ولد سنة ٢٦٠ هـ ، وروى سنة ٣٤٠ هـ . أخذها عنه ، وزاد عليها فألف رسالته في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ، ولم يذكر أمثلتها حتى جاء الإمام نجم الدين عمر النسفي المتوفى سنة ٥٣٧ هـ ، وذكر أمثلتها وشواهدا وفيها تسعة وتسعون أصلاً . من ذلك :

« إن تعليق الأملاك بالأخطار باطل ، وتعليق زوالها بالأخطار جائز ، » (٢) .

« إن الشيء يعتبر ما لم يعد على موضوعه بالنقض والإبطال ، » (٣) .

« الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق » (٤) .

(١) ولو قلنا إنها بدأت في أواخر القرن الثالث لما بعدنا عن الحقيقة ، فإن أبا طاهر الدباس من عاش في القرنين الثالث والرابع .

(٢) فلو قال شخص لآخر : إن دخلت الدار فقد وهبتك هذا الشيء ، وقال الآخر : قبلت لا يصح ولا يثبت الملك عند وجود الشرط بخلاف ما إذا قال لامرأته : إن فعلت كذا فأنت طالق فإنه يصح للتعلق ويقع الطلاق عند تحقق الشرط .

(٣) من مسأله أن العبد المحجور إذا أجز نفسه مدة معلومة العمل لم تصح دفعاً للضرر عن المولى ، ولو قضينا بفساها بعد مضي اللدة وقام العمل كان إضراراً للمولى بتعطيل منافع عبده بغير بدل فكان دفع الضرر هنا في تصحيحها ، إذ لو قضينا بفساها لم يكن دفعاً للضرر بل يكون تحقيقاً للضرر فيعود النظر ضرراً .

(٤) من مسأله : إن من كان في يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدهي حتى لا يقضي له إلا بالينة ولو بيعت دار يحنب هذه الدار فأراد اخذ الدار للبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار فأنكر المدهي عليه أن تكون هذه الدار التي في يده مملوكة له فإنه ظلم لا يستحق الشفعة ما لم يثبت أن هذه الدار ملكه .

ثم جاء أبو زيد الديلمي ، وهو عبيد الله بن عمر بن عيسى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ (الديلمي نسبة إلى ديوسية قرية بسمرقند) وألف كتابه تأسيس النظر^(١) ، وقد قسمه على ثمانية أقسام . جعل كل قسم منها خاصاً بالأصول التي عليها مدار الخلاف بين إمامين من الأئمة ، فيقول مثلاً :

القسم الأول في الأصول التي عليها مدار الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

القسم الثاني في الأصول التي عليها مدار الخلاف بين أبي يوسف ومحمد .

والكتاب مشتمل على ست وثلاثين قاعدة ، ثم تتابع الزمان حتى جاء في القرن العاشر زين العابدين بن نجيم المصري المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، وألف كتابه الأشباه والنظائر . جمع فيه خمساً وعشرين قاعدة وجعلها نوعين ، قواعد أساسية وهي ستة ، وباقيها أقل منها الساعاً وهي تسع عشرة قاعدة .

ثم جاء بعد هؤلاء فقهاء في عهد الدولة العثمانية وألفوا كتباً أخرى في هذا النوع ، ومنهم أصحاب المجلة العدلية الذين أخذوا بما هو من قبلهم تسمياً وتسمين قاعدة وضوعوا في أول المجلة .

وأخيراً يقول عالم من علماء الحنابلة توفي في مبدأ هذا القرن الهجري ، وهو الشيخ محمد حسن الشطي المولود في دمشق سنة ١٢٤٨ هـ ، والمتوفى سنة ١٣٠٧ هـ يقول في مقدمة^(٢) توفيق المراد النظامية لأحكام الشريعة المحمدية : « إن المحققين من الفقهاء قدس أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة » هـ .

هذه خطوات خطاها فقهاء الشريعة في هذا الطريق ، وهي محاولات موفقة

(١) كتاب تأسيس النظر مطبوع رحمه رسالة الكرخي .

(٢) ص ٩ ، ص ٨٤ وهذه المقدمة اشتملت على مائتي مادة وهي مطبوعة بمصر .

إلى حد ما ، لأنها محاولات فردية ، ولأن ما في هذه الكتب لا يعتبر كله قواعد بالمعنى الصحيح .

ثم إنهم وإن اعتبروا مقصرين في هذا النوع من الأصول فقد وفقوا في استنباط النوع الثاني ، لأنهم بعد سد باب الاجتهاد شغلوا بثلاثة أمور - كما سبق - منها استنباط القواعد والأصول ، ونتج عن ذلك تدوين أصول الفقه وتعميم مسائله ، وهو مما امتاز به الفقهاء المسلمون عن غيرهم ، وهذا العلم - منع ما فيه من التواء في بعض مسائله - مجهود ضخم لا يخلو من فوائد عظيمة ، ولو أعيد النظر فيه مجرداً عن المصيبة المذهبية وخلص من المسائل التي بقي الخلاف فيها على الاختلاف في تفسير الألفاظ وما شاكلها لأضحى من أجل ما يخدم به الفقه والتشريع .

ومع هذا الذي فعلوه فنحن لا ننفي عنهم تهمة التقصير في التأليف فيه على هيئة نظريات عامة . وهي نوع آخر غير القواعد السابقة ، كنظرية المقد ، ونظرية الالتزام مثلاً ، ولكننا نلتزم لهم المصنوع فيها فعلوه ، لأن الأحكام الاجتهادية التي استنبطها الأئمة نقلت لهم على هيئة حلول جزئية من غير بيان لقواعدها التي استندت إليها ، أو خرجت عليها ، وصاحب هذا النقل دعوى سد باب الاجتهاد ، فوجد هؤلاء حلولاً للمسائل ما وقع منها ، وما لم يقع ، فلم يكن المفتي أو القاضي يجد صعوبة في تعرف حكم ما يعرض عليه من الوقائع إلا في القليل النادر .

أضف إلى ذلك أن الفقهاء لم يحدوا تشجيعاً من الحكام إلا في فترات نادرة من الزمن ، وأن الفقه الإسلامي قد أهمل العمل به في بعض البلدان الإسلامية بسبب الاستعمار البغيض الذي ابتليت به هذه البلدان ، وحلت محله القوانين الوضعية ، وهذا عمل يضمف العزائم ويميت الهمم .

هذا وأن الفقه الإسلامي لا يأبى التجديد حتى في طريقة عرضه ، غير أن
هذا العرض لا يكفي فيه جهود فردية ، ولا مذكرات دراسية ، بل يحتاج
إلى عمل منظم من جماعة يعمد إليها القيام به ، بعد أن يوفر لها كل الوسائل
اللازمة لذلك .

نظرية الملكية

تمهيد : في تعريف المال وبيان أنواعه ، تعريف الملك ، المال
والتملك ، تنوع الملك إلى ناقص وتمام ، أنواع الملك الناقص ،
أسباب كل نوع وخصائصه ، الملك التام ، خصائصه ، أسبابه ،
المال المباح وأنواعه ...

وقبل الكلام على الملك وأنواعه وأسبابه تمهد لذلك بكلمة موجزة عن المال
وما في معناه من « المنافع والحقوق » للارتباط القائم بينهما من جهة أن الملك في
غالب صورته يرد على المال ، ولأن الشارع جعله العلاقة بين الإنسان المال فنقول :

المال ضروري من ضرورات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها ، وقد ورد
ذكره في القرآن في أكثر من تسعين آية . وفي السنة في أحاديث أكثر من أن
تحصى ، وأخبر الله أنه أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا في قوله تعالى : « المال
والبنون زينة الحياة الدنيا »^(١) ، غير أن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد
معاني غيره من الألفاظ ، كالصلاة والزكاة والربا والنكاح ، بل تركه لما يتعارفه

(١) سورة الكهف - ٤٦ .

الناس فيه ، فالعربي الذي نزل القرآن بلغته حينئذ يسمع لفظة المال يفهم المراد منها كما يفهم ما يراد بلفظ الساء والأرض ، ولذلك نجد بعض أصحاب المعاجم اللغوية يقول : « المال معروف » ومنهم من بين معناه .

والذي يؤخذ منها : أن المال في لغة العرب ، هو الشيء الذي يحوزه الإنسان بالفعل بحيث ينفرد به عما سواه .

وعلى هذا لا يسمى الشيء الذي لم يدخل في حيازة الإنسان مالا في اللغة ، كالصيد في الفلاة ، والطير في الهواء ، والسماك في الماء ، والمعادن في باطن الأرض

وأما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المال عبارات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في مفهومها ومعناها ، فكل واحد يريد أن يبين معنى هذا اللفظ ويحدد المراد منه ، لأن الشارع تركه من غير تحديد لعنايه ، فجاءت بعض التعاريف واضحة جلية وافية بالفرض ، والبعض الآخر فيه شيء من الغموض والتصور .

وأقرب هذه التعريفات وأحسنها ما قيل فيه : إن المال هو ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً .

وهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين : - ١ - إمكان الحيازة ، - ٢ - إمكان الانتفاع المعتاد به ، فإذا فقد أحدهما أو كلاهما انتفت المالية .

فليس من المال ما لا يمكن حيازته كضوء القمر ، وحرارة الشمس والأمور المنوية كالشرف والذكاء والصحة ، كما يخرج عنه الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلاً ، كالأشياء الفاسدة التالفة مثل لحم الميتة ، والطعام المسموم

أو ينتفع بها انتفاعاً غير عادي كحبة من القمح أو الأرز ، فإنها لا ينتفع بها وحدها .

ثم إن مسالية الأشياء تثبت بتمول الناس كلهم أو بعضهم . ويلبني على هذا أمران :

الأول : أن يكون الحجز والحزير ونحوهما من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها لغير المملين .

الثاني : أن الشيء إذا ثبتت ماليتة لا تزول عنه إلا بفرك الناس كلهم له ، فلو ترك بعض الناس أشياء لأنها أصبحت غير صالحة لاتنتفعهم بها ، ولكنها تصلح لاتنتفاع غيرهم ، كالثياب القديمة ، فإن اسم المال لا يزول عنها ما دام إمكان الحيازة والانتفاع موجوداً بالنسبة لبعض الناس .

مالية الأشياء غير المادية « المنافع والحقوق » : الأشياء التي ينتفع بها الإنسان أنواع ثلاثة : ١ - أعيان : وهي الأشياء المادية التي لها مادة وجرم ، ٢ - منافع : وهي الفائدة المقصودة من الأعيان ، كسكني الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ، وما شاكل ذلك ، ٣ - حقوق : وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع ، وهي قد تكون متعلقة بمال كحق الشرب والمرور والتعلي ، وقد لا تكون متعلقة بمال كحق الحضانة للأم على الصغير ، وحق الزوج على زوجته مثلاً ^(١) .

(١) الحق في اللغة هو الأمر الثابت الوجود ، وله معان أخرى ، والفقهاء استعملوه فيما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحة ، ولذا يطلقونه على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعه من غيره ، أو بلهما أو التنازل عنها ، فيطلق على الأعيان المملوكة ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى النافع أو المصالح ، وهذا الإطلاق عام ، =

فقد اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها ، والانتفاع بها كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضنة ، وحق الولاية على القاصر ليست بمال ، واختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال ، والمنافع^(١) على رأيين :

فذهب الحنفية إلى أنها ليست بمال ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، لأنها معدومة ، وإذا وجدت تلقى شيئاً فشيئاً .

وزهد الأئمة الآخرون إلى أنها أموال ، لإمكان حيازتها بنجاسة أصلها ، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت ، ولأن الطبع يميل إليها ، وهذا الرأي أوجه من سابقه لاتفاقه مع العرف العام في المعاملات المالية .

ومرة هذا الخلاف تظهر في مسائل من القصب والميراث والإجارة^(٢) .

فمن قصب شيئاً وانتفع به مدة ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن قيمة المنافع عند غير الحنفية ، وعندهم لا ضمان عليه إلا إذا كان المصوب عيناً موقوفة ،

== وقد يستعملونه في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة فيكون خاصاً ، والوارد به حيثلذ المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه .

وقد قسموا الحقوق عدة تقسيمات . فقسموها مرة إلى حقوق مجردة وغير مجردة وأخرى إلى حقوق تقبل الاسقاط وحقوق لا تقبل الاسقاط ، وقسموا التي تقبل الاسقاط إلى ما يصح الاحتياض عنها ، وإلى ما لا يصح فيها ذلك ، كما قسموها إلى حقوق متعلقة بالمال ، وحقوق متعلقة بغير المال ، والأصوليون قسموها إلى حقوق خالصة لله ؛ وحقوق خالصة للعباد ، وحقوق مشتركة وحقوق الله غالب ، وحقوق مشتركة وحقوق العبد غالب .

(١) يلاحظ أن المنافع المختلف فيها هنا هي الأعراس المقابلة للأعيان كما مثلنا من قبل ، وأما ثمرة الأعيان المتولدة منها كالثمرة الناتجة من الشجر والزرع الثابت في الأرض فإنه لا خلاف في كونها مالا لأنها يمكن حيازتها وإن اختلف الفقهاء في شمول المنافع لها . راجع كتابنا الوقف والوصية بين الفقه والعقارون في بحث الوصية بالمنافع .

(٢) عندما أمر زيد الديلمي في كتابه تأسيس النظر ص ٦٢ فراجعها .

أو مملوكة لبيت ، أو شيئاً معداً للاستغلال ^(١) .

وإذا استأجر شخص داراً مدة معينة ، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة ، فعند الحنفية ينتهي العقد بموت المستأجر ، لأن المنفعة ليست مالاً حتى يورث ، وغير الحنفية يقولون : إن الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الإجارة ^(٢) .

أنواع المال: عني الفقهاء ببيان أنواع المال لأن الأحكام تختلف تبعاً لاختلاف أنواعه ، فقسموه عدة تقسيات باعتبارات مختلفة فقسموه باعتبار ما له من حرمة وحماية إلى متقوم وغير متقوم ، وباعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى عقال ومنقول ، وباعتبار تماثل أجزائه وآخاده وعدم تماثلها إلى مثلي وقيمي .

المتقوم وغير المتقوم : ^(٣) ما يصدق عليه اسم المال شرعاً منه ما هو

(١) كان الحكم عند متقدمي الحنفية عاماً وهو عدم الضمان . فلما رأى التأخرون ضعف سلطان الدين على النفوس ، ولتأس تجارؤوا على النصب وهم آمنون من الضمان أفتوا بالضمين في هذه المراضع الثلاثة زجراً للناس عن التعدي ، وهذا المعنى موجود الآن للسلبة لكل المنافع فيلبيح الاتفاق بالضمان في كل نصب .

(٢) المال في اصطلاح الفقهاء ، كان يراد به في القانون المدني القديم « كل شيء يملك للإنسان يصح أن يستأجر به شخص دون غيره ويكون محلاً للحقوق » . وفي القانون الجديد أصبح يراد به « الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق سواء أكان ذلك عينيّاً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » ... أما الشيء سواء أكان مادياً أم غير مادي فهو محل ذلك الحق . وراجع شرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسي .

(٣) هذا التقسيم غير موجود في القانون ، ولكن يوجد تقسيم يشبهه في بعض الوجوه فاللادة - ٨١ - من القانون المدني الجديد تنص على أن : ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . ٢ - الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأجر بجزائها ، وأما الخارجية بحكم القانون فهي التي لا يحيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية . فبيناه على هذا يمكن القول : بأن فكرة عدم التقويم للمال موجودة في القانون غير أنها ليست مستندة إلى تحريم الشارع . بل مبنية على منع التعامل قانوناً .

مباح لنا الانتفاع به ، ومنه ما هو محرم علينا . وما أباح الانتفاع به إذا حازه شخص وملكه جعل الشارع له حماية وحرمه لحق مالكه .

فإذا توفر للمال الحيابة بالفعل وإباحة الانتفاع في حالة الاختيار سمي عند الفقهاء بالمتقوم ، وإذا انعدم أحدهما كان المال غير متقوم .

فللأل المتقوم : هو ما حيز بالفعل وجاز الانتفاع به شرعاً في حالة الاختيار .

وغير المتقوم : ما ليس كذلك فيشمل ما أباح الانتفاع به قبل حيازته ، كالأل المباح ، وما حيز لكن لا يباح الانتفاع به في غير حالة الضرورة ، كالخمر والخنزير في حيابة المسلم ، وأما إذا كانا في حيابة ذمي فيكونان مالاً متقوماً في نظر بعض المذاهب الفقهية ^(١) .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في موضعين :

الأول : في الضمان عند التعدي ، فالمتقوم يضمنه المعتدي عليه بالمثل أو بالقيمة على حسب نوعه ، وغير المتقوم لا يضمن متلفه شيئاً حيث لا حرمة له .

والثاني : في صحة التصرف وعدمها ، فالمتقوم يصح التصرف فيه بالبيع والهبة والإجارة وغيرها ، وغير المتقوم لا يصح التصرف فيه بشيء من ذلك ، فلو باع مسلم خمرأ أو خنزيراً كان هذا البيع غير صحيح ، ولو كان المتصرف

(١) في كشف الأسرار للزبدوي ج ٤ ص ١٥٤١ تفصيل لمذاهب الفقهاء في هذا الموضوع خلاصته : إذا تعدى شخص على خر أو خنزير ذمي هل يضمنها أو لا ؟

فأبو حنيفة يوجب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً غير أن المسلم يضمنها بقيمتها والذمي بثلاث ، لأنها مسا دامت متقومة في حقهم كانت مصعومة فتضمن ، ونعيب المالكية والصاحبان من الحنفية إلى وجوب الضمان أيضاً ولكن بالقيمة مسلماً كان المتلف أو ذمياً . ونعيب الشافعي وأحمد إلى عدم وجوب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً .

ذمياً صح منه لتقومها في حقه

العقار والمنقول^(١) : لا نزاع بين الفقهاء في أن الأعيان المالية تنقسم إلى عقار ومنقول وأنه لا ثالث لهما ، كما لا نزاع بينهم في أن ما لا يمكن نقله وتحويته من مكان إلى آخر عقار ، وأن ما يمكن نقله وتحويته من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته منقول ، وإنما النزاع بينهم فيما يمكن نقله مع تغيير في صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار هل هو عقار أو منقول ؟ .

فالحنفية يقولون : إنه منقول ، والمالكية جعلوه من العقار ، وعلى هذا يعرف العقار عند الحنفية : بأنه ما لا يمكن نقله وتحويته أصلاً ، وهذا لا يصدق إلا على الأرض خاصة .

والمنقول عندهم : هو ما يمكن نقله سواء بقي على صورته الأولى كالحبوانات والمعادن من الذهب والفضة والحديد ، أو تغيرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء .

والمنقول عند المالكية : هو ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى والعقار ما عدا ذلك ، فيدخل في العقار الشجر بأنواعه والبناء .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في كثير من الأحكام عند التطبيق ، منها الشفعة

(١) يقول الإمام محمد بن الحسن في كتابه « الأصل » ج ١ ص ٢٢١ .
وأما الخو والحنزير فانه أجيز بينهما بين أهل الزمة لأنها أموال أهل الزمة . استحس ذلك وأدع القياس فيه . من قبل الآخر الذي جاء في نحو من ذلك عن عمر يشير إلى قول عمر : « ولهم بيعة وخلوا الشر من أئمتنا » .

(٢) هذا التقسيم موجود في القانون غير أنه توسع في المقار فأدخل فيه بعض للقولات وسماها عقاراً بالتخصيص ، كما أدخل بعض الحقوق العينية المقتضية على المقار ثم رتب آثاراً كثيرة على التقسيم ، راجع مادتي ٨٢ ، ٨٣ من القانون المدني الجديد .

وتصرف الوصي في مال الصبي ، وبيع أموال المدين المحجور عليه بسبب الدين
وتصرف المشتري في الشيء المشتري قبل قبضه ، فإنها تختلف باختلاف المال
وتنوعه إلى عقار ومنقول ^(١) .

المثلي والقيمي، نسبة إلى المثل والقيمة :

المثلي : هو ماله مثل ونظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو
وحداته يمتد به ، كالمكيلات والموزونات ، والمدديات المتقاربة من البرتنال
والليمون والبيض وغير ذلك ، والثياب المصنوعة من قماش معين ، ومقاس معين
والأحذية ، والجوارب المتحدة النوع ، وأدوات الأكل ، وأوانيهِ . والكتب
المطبوعة الموجودة في السوق .

والقيمي : هو ما ليس له نظير أصلاً كالتحف النادرة ، أو ماله نظير ولكن
بينهما تفاوت يعتد به في التماثل ، كالحیوانات والأشجار والبناء ، والمدديات
المتفاوتة ، كالمانجر والبطنخ ونحوهما ، والأحجار الكريمة كالماس والياقوت ،
والكتب المخطوطة .

ومنهُ الأموال المثلية التي انقطعت من السوق ، ككتاب مطبوع معين نفذت
نسخه من السوق .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في بعض الأحكام ، ففي ضمان العدوان يضمن
المال المثلي بثله ما دام موجوداً ، فإذا تضرر ذلك ضمن بقيمته ، والقيمي يضمن
بقيمته ابتداء لتضرر المائة ^(٢) .

(١) إذا أردت توضيح ذلك فارجع إلى كتابنا نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص ٩٧
وما بعدها .

(٢) والدليل على وجوب الضمان ما رواه الترمذي وصححه عن أنس قال : أمدت بعضي

وأن المال المثلي يتعين بالوصف غالباً ، وقد يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها بخلاف القيمي فإنه لا يتعين بالوصف .

وينبغي على هذا الفرق فرق آخر ، وهو أن المال المثلي إذا كان متميماً بالوصف ثبت في الذمة في المعاملات فيؤدي مثله ، وأما القيمي فلا يثبت في الذمة (١) فادأؤه يكون بينه وذاته المشار إليها .

==أزواج التي إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « طعام بطعام وإناء بإناء » ورواه غيره بهذا المعنى ، وروى أحمد وأبو داود والنسائي عن عائشة أنها قالت : ما رأيت صائفة طعاماً مثل صفة أهدت إلى النبي إناء من طعام فما ملكت نفسي إن كسرت ، فقلت يا رسول الله ما كفارته ؟ قال إناء كإناء وطعام كطعام .

وفي بعض الروايات تقول عائشة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه فصنعت له طعاماً وصنعت له حلقة طعاماً فسميتي فقلت للجارية الطلقي فأكفي ، فصمتها فأكلتها فانكسرت وانتشر الطعام فجمعه على النطع فأكلوه ثم بحث بقصتي إلى حلقة فقال : « خذوا طرفاً مكان طرفكم » ورواه ابن ماجه وابن أبي شيبة . وراجع نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٣ وما بعدها في باب ما جاء في ضمان التلف يمينه .

(١) هذا هو المشهور عند الفقهاء ، والتحقق أن صلاحية المال القيمي لثبوته في الذمة موضع خلاف بين الفقهاء ..

فأهل الظاهر والذين ذهبوا إلى أن المال القيمي بجميع أنواعه يصلح أن يكون ديناً في الذمة كلثلي ، ولذلك أجازوا القرض في كل ما يجوز تملكه بية أو غيرها ، وأن الواجب فيه رد مثله إن كان له مثل حقيقة أو مثله صورة وخلقة كما في الحيوان .

يقول ابن حزم في المحلى ج ٨ ص ٨٢ : « والقرض جباية في الجوازي والمبيد والدواب والدور والأرضين وغير ذلك لمعوم قوله تعالى : « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى » . قال : وقرئنا هذا قول الزني وأبي سليمان وعبد بن جرير وأصحابنا ومنع ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجوازي خاصة الخ .

وهذا الإطلاق الذي ينسبه إلى المذاهب غير مسلم .

لأن الحنابلة والشافعية عديم رأيان رأي يجوز القرض في كل مال ، وآخر لا يجوز فبالا ينضبط وما لا مثل له . كما في اللقي ونهاية المحتاج .

والمالكية يرون أن كل ما ينضبط في عرف عمل المقعد يصلح أن يكون ديناً في الذمة من كل مكمل وموزن وزروع والشباب والحيوان ، كما في الشرح الكبير باب القرض والحنفية لم يجوزوا القرض إلا في الثلاثيات ، وأما القلم فيجوز له في كل ما يمكن ضبط صفته ومعرفة

كما يظهر الفرق بينها أيضاً في قسمة المال المشترك ، فإن القسمة فيها معنيان إفراد الحقوق وتمييزها ، والمبادلة أي تبادل الأنصبة ببعضها ، إلا أن معنى الإفراز مراحىج في قسمة المال المثلي ، ومعنى المبادلة أرجح في قسمة القيمي ، ومن هنا جاز لكل شريك بعد القسمة أن يأخذ نصيبه في غيبة الشريك الآخر وبدون إذنه إذا كان المقسوم مثلياً ، لعدم التفاوت في الأنصبة ، أما إذا كان قيمياً فلا يجوز له ذلك للتفاوت بين النصيبين .

التعريف بالملك : عرفنا من الكلام على المال أنه مخلوق لأجل الإنسان وأن المالية لا تثبت للشيء إلا بشمول الناس له ، وأن تقومه يكون بمجازته مع إباحة الانتفاع به ، فيكون إذاً هناك علاقة بين الإنسان والمال ، هذه العلاقة هي التي تكتسب خواصه المالية السابقة ، وخواصه الشرعية التي أقرها الشارع من صفة التصرفات فيه ، ووجوب ضمانه عند الاعتداء عليه ، وقرر الشارع هذه العلاقة وجعلها الملك ، فإذا ثبتت أكسبت كلا من المال والإنسان وصفاً جديداً لم يكن موجوداً قبلها ، فيصبح الإنسان مالكاً ، والمال مملوكاً ، فالملك إذاً معنى نسبي يعين الصلة بين الإنسان والمال ، والملكية نسبة إلى الملك .

والملك في لفظة العرب : هو حيازة الإنسان للمال مع الاستبداد به . أي الانفراد بالتصرف فيه .

= قدوة . فالقاعدة عندهم أن كل ما يجوز السلم فيه يصلح أن يكون ديناً في الزمة لأنهم صححوا السلم في اللبن والأجر والثياب والسكك القطري والملح ولا يصح في الحيوان واللعن والجواهر الخ .

ومبنى الخلاف في أصل المسألة - فيما ثبتت في الزمة من الأموال - هو اختلافهم في الواجب بالقرض أهو رد مثل المقرض أم يكفي رد قيمته إذا لم يكن له مثل . فمن ذهب إلى أن الواجب المثل لم يجوز القرض فيما لا مثل له ، فلا يثبت في الزمة غير المثلي ، ومن اكتفى برد القيمة ذهب إلى جواز القرض في غير المثلي ، فيثبت في الزمة المثلي وغير المثلي على حد سواء .

وللفقهاء في تعريفه عبارات كثيرة^(١) تختلف في مزاياها ونقصانها ، ففي كل منها مزية ونقص ، ولكنها تؤول في النهاية إلى أن الملك علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشارع بجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكافة التصرفات ما لم يوجد مانع يمنع من هذا التصرف .

ونحن نستخلص من جملة التعريفات التعريف الآتي :

الملك هو اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الشخص المال بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، وهذا الاختصاص يبيح لصاحبه الانتفاع به ، والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنعه من التصرف ، كالجنون أو العته أو السفه مثلاً ، ويمنع الغير من الانتفاع بهذا المال إلا بإذن مالكه ، أو التصرف فيه إلا إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف من ولاية أو وصاية أو وكالة ، وعلى هذا لا يكون ولي القاصر أو القيم على المجنون أو المحتوه أو الوصي مالِكاً لما يتصرف فيه ، بل المالك هو القاصر أو المجنون ، ولولا هذا المارح الذي عرض له لملك التصرف أيضاً .

ثم إن الملك كما يطلق على هذه العلاقة وهي الملكية^(٢) يطلق كذلك على

(١) راجع فتح القدير والبحر الرائق أول كتاب البيع ، والفروق للرافعي ج ٣ ص ٢٠٨ وما بعدها في الفرق ١٨٠ ، وتهذيب الفرق ج ٣ ص ٢٣٤٠ وما بعدها .

(٢) ومعنى للملكية في القانون المدني قريب من معناه في الشريعة فاللادة ٨٠٢ تقول : المالك الشيء وحده في حدود القانون حق استتماله واستغلاله والتصرف فيه . والدكتور كامل مرسى في شرحه للقانون ص ٢١٥ يقول : « الملكية حق بقتضاء يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستتمه ويستفده ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون » .

الشيء المملوك فتقول : هذه السيارة ملكي . أي مملوكة لي ^(١) ، ومن هذا المنى قرر فقهاء الخنفية : أن المنافع والحقوق ملك وليست بمال ، وعلى هذا يكون الملك أعم من المال عندهم .

المال والتملك : قدمنا أن المال ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد ، وهذا يفيد أن المال بطبيعته قابل للتملك ، لكن قد يعرض لبعض أنواعه عارض يحمله غير قابل لذلك في جميع الأحوال ، أو في بعضها ، حينئذ يتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١ - نوع لا يقبل التملك ولا التملك بحال من الأحوال . مثل الأشياء المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والجسور ، والسكك الحديدية ، والأنهار العظيمة ، والمكتبات العامة والمتاحف والحدائق العامة وغيرها ، فهذه الأشياء غير قابلة له ما دامت مخصصة للمنافع العامة ، فإذا ما زالت عنها هذه الصفة العامة هادت إلى حالتها الأصلية ، وهي قابليتها للتملك ، فمثلا الطريق العام إذا استغني عنه ، وشق طريق آخر بدله فإنه يعود إلى قبوله التملك .

٢ - نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي ، كالأعيان الموقوفة ، وأملاك بيت المال ، وهي المسماة في المرف القانوني باسم « الأموال الحرة » ، فالوقف لا يصبح بيعه إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته مثلا ، وملك الحكومة « بيت المال » لا يجوز بيعه إلا لضرورة كاحتياج بيت المال إلى ثمنه أو - رغب فيه راغب بضعف ثمنه ، وقبل إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك لما له من الولاية العامة .

٣ - نوع يصبح تملكه وتملكه . وهو ما عدا هذين النوعين :

(١) وهذا المنى هو ما أراده أصحاب المذاهب المدلية من تعريفهم للملك « بأنه ما ملكه الإنسان سواء كان أعيانا أو منافع » مادة : ١٢٥ .

أنواع الملك : الاختصاص بالشيء الذي هو معنى الملك اما أن يقع على ذات الشيء ، عينه ورقبته ، ومنافعه معاً ، أو يقع على منافعه فقط ، أو يقع على ذاته فقط . فإذا وقع على أحدهما كان ملكاً ناقصاً ، وإذا وقع عليهما كان تاماً ، ومن هنا انقسم الملك الى تام وناقص .

فالملك التام : هو ما ثبت لذات (١) الشيء ومنفعته معاً بحيث يثبت معه للمالك فيها جميع الحقوق المشروعة .

والملك الناقص : هو ما ثبت لواحد منها فقط ، وهو نوعان : ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها ، ويسمى حق الانتفاع ، وهذا الأخير يتنوع الى نوعين باعتبار ما يتعلق به ، لأنه إما أن يكون ثابتاً لشخص أو لعين .

فالأول يتعلق ابتداء بالمتنفع ، فيكون له فقط . ولا ينتقل منه الى غيره إلا في بعض صور ، سيأتي تفصيلها عند الكلام عليه ، والثاني يتعلق بعين العقار المقرر له هذا الحق ، وهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار كيفما كان مالكة ، فهو يثبت أولاً للعقار ، ثم يثبت لمن ملكه تبعاً لثبوته للعقار ، ولذلك ينتقل مع العقار كحق المرور إلى دار معينة في طريق خاص ، وكحق الشرب لأرض الثابت على أرض أخرى ، فإنه يثبت لمن ملك الدار أو الأرض ، فإذا لاحظنا هذين النوعين يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

١ - ملك العين فقط .

(١) يرى بعض الفقهاء أن العباد لا يملكون أعيان الأشياء وإنما يكون منافعها فقط ويفرقون بين الملك التام والناقص أو المطلق والمقيد على حد تمييزهم بأن الأول ملك لمعوم الانتفاع والثاني ملك لبعضها فقط ، يقول ابن رجب الحنبلي في قواعد : ١٩٥ - القاعدة ٨٦ - وإنما مالكة الأعيان خالفاً سبحانه وتعالى وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً . فمن كان مالكا لمعوم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يتناز به كالتأجير والاستئجار وغير ذلك » اهـ

٢ - ملك المنفعة فقط ، ويكون الانتفاع حقاً شخصياً^(١) . أي لشخص معين .

٣ - ملك المنفعة وحدها . ويكون حق الانتفاع عينياً ، أي تابعاً للعين ويثبت لمن ملك العين تبعاً للملكية العين .

هذا ولكل من الملك التام والناقص بأنواعه خصائص وأحكام يختص بها دون سواها ، كما أن لكل منها أسباباً يثبت بها ، وإليك بيانها .

الملك الناقص وأنواعه : النوع الأول وهو ملك العين وحدها .

هذا النوع يوجد إذا كانت العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر ، وهو أقل أنواع الملك الناقص وجوداً ، لأنه جاء على خلاف القواعد في الملك ، لأن المقصود من ملك العين هو الانتفاع بها فإذا ثبت ملك العين بدون الانتفاع كان ذلك شاذاً ، إلا أنه تسامح فيه تشجيعاً على أعمال البر في نهاية الحياة حيث إنه لا يثبت إلا في صورتين من صور الوصية .

الأولي : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص طول حياته ، أو مدة معلومة ومات الموصي ، فإن ملك العين ينتقل إلى الورثة ، والموصى له إذا قبل الوصية ملك المنفعة طول حياته ، أو المدة المحددة ، وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالانتفاع ، فإن امتنعوا أجبروا على ذلك ، وبعد انتهاء مدة الوصية ، أو موت

(١) هذا الاصطلاح في الحق العيني والشخصي غير اصطلاح القانون فيها ، فإن الحق العيني فيه كحق الملكية وحق الانتفاع ، والحق الشخصي كالانتماءات : أي الدين التي للشخص على الغير ، وكلاهما يكون العنصر الإيجابي في النعمة المالية ، وسمي الحق الأول عينياً ، لأنه متعلق بالعين . وصاحبه لا يستعمله قبل شخص معين . بل يستعمله قبل جميع الناس . وسمي الثاني شخصياً . لأنه متعلق بشخص للدين ، وصاحبه لا يستعمله إلا بواسطة شخص آخر يؤديه إليه . ويسمى ذلك الدين .

الموصى له يصبح ملك الورثة ملكاً تاماً ، وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة وجب على ورثته تسليم العين لورثة الموصى عند الحنفية ، لأن المنفعة لا تورث عندهم ، ومن هنا تعلم أن ملك العين فقط يؤول إلى ملك تام بخلاف ملك المنفعة فإنه ناقص دائماً .

الثانية : إذا أوصى شخص بداره أو أرضه مثلاً لشخص وبمنفعتها إلى شخص آخر ، وبعد موته قبل كل منها الوصية ، فإن ملك كل منهما ناقص ، وتسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه . فإذا انتهى عادت إلى مالك العين ، ويصبح ملكه تاماً .

وعلى ذلك نقول : إن ملك العين وحدها يثبت بالميراث في صورة الوصية بالمنفعة وحدها ، وبالوصية فيما إذا أوصى بالعين لشخص بالمنفعة لآخر .

أما خصائصه : فإن صاحبه ليس له الانتفاع بأي وجه لا بنفسه ولا بتملكه لغيره . وليس له التصرف في العين تصرفاً يضر بملك المنفعة . وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة إلا بإذنه عند الحنفية . وعند غيرهم يجوز بيعها بدون إذنه وتنتقل ملكيتها عملاً بحق مالك المنفعة . وعليه سار قانون الوصية . وإذا مات تورث عنه . ولا ينتهي ملكه إلا بموته أو بهلاك العين نفسها ، أو بتملكها لغيره ، وإذا أتلّف العين ضمن قيمة المنفعة للمالكها ، ونفقات العين اللازمة لاستيفاء المنفعة والضرائب المقررة عليها تكون على مالك المنفعة (مادة ٥٨ من قانون الوصية) .

النوع الثاني وهو ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع الشخصي :

وقبل بيان أسباب هذا النوع وخصائصه نعرض لمسألة يثيرها الفقهاء في هذا الموضوع ، وهي هل ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد أو متغايران

فالخفية لا يرون فرقاً بينها ويقولون : إن هذا الحق قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملك غيره هذه المنفعة ، كما إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيف يشاء فإن الوصى له أن يسكنها بنفسه ، أو يسكن غيره فيها بأجر أو بغير أجر ، وقد يكسبه الانتفاع بنفسه فقط ، كما إذا وقف شخص داره لسكنى الطلبة الفقراء أو الغرباء ، فإن من ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره ، وكما في حق الانتفاع بالمنافع العامة ؛ فإن من له الحق في دخول مدرسة أو جامعة أو مصحة ليس له الحق في أن يملكه لغيره وكذلك حق الانتفاع الثابت لشخص بإذن خاص من مالك العين ، كما إذا أذن شخص لصديق له أن يركب سيارته ، أو ينزل ضيفاً عليه في بيته فإن الشخص المأذون له في ذلك لا يملك تمليك لغيره ، ومثال ذلك كثير .

فمن هذا ترى أن هذا الحق قد يكون مطلقاً عن القيود ، كما في النوع الأول وقد يكون مقيداً كما في النوع الثاني ، وإن الإطلاق والتقييد فيه ليس راجعاً إلى اختلاف نوع الحق ، وإنما يرجع إلى السبب الذي أثبت هذا الحق ، فإذا كان السبب مقيداً اقتصر استيفاء الحق على صاحبه ، وإن كان غير مقيد لا يقتصر عليه بل له أن يستوفيه بنفسه ، وله أن يملكه لغيره .

وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم المالكية إلى التفرقة بينها . فملك المنفعة اختصاص حاجز للغير يبيع لمن ثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه ، وأن يملكها لغيره ، فمثلاً المستأجر ملك المنفعة بهذا العقد واختص بها ، وهذا الاختصاص حاجز لغيره عنها ، فله أن يستوفيه بنفسه ، وأن يملكها لغيره بمعرض أو بغير عوض ، وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة بالانتفاع جاءت نتيجة إذن عام كحق الانتفاع بالمنفعة العامة ، كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين إذا أذن صاحبه كركوب سيارة الغير أو القراءة في كتبه ، أو السكنى في بيته بإذنه ،

وهذا الحق لا يفيد ملكاً للأذن له حتى يملكه لغيره .

وعلى هذا المذهب يكون لحق الانتفاع سببان :

أحدهما : كون الأشياء المتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كلهم كالطرق والأنهار أو مخصصة لفريق خاص ؛ كالدُّرس المخصصة للطلاب ، والمصحات المخصصة للمرضى .

وثانيهما : إباحة المنفعة من مالك العين سواء كانت لشخص معين باسمه أو غير معين إذا أذن للغيراء بالتزول في داره ^(١) .

وأما ملك المنفعة فيثبت بأسباب أربعة : الاجارة والاعارة ، والوقف والوصية .

وعلى المذهب الأول تكون أسباب ملك المنفعة أو حق الانتفاع هذه

(١) هكذا قرر هذه المسألة الكتابيون في الفقه الاسلامي من الفقهاء المحدثين في هذا العصر وسندهم في ذلك ما جاء في كتاب الفرق للفرافي ص ١٨٧ ج ١ ، وتهذيب المطبوع بهامشه ص ١٩٣ ج ١ في « الفرق الثلاثين بين قاعدة تعليق الانتفاع وبين قاعدة تعليق المنفعة » وفيه أن تعليق الانتفاع هو الاذن في أن يباشر الانتفاع بنفسه ، وتعليق المنفعة هي الاذن في أن يباشرها بنفسه وأن يملكها لغيره فهو أهم وأشمل من الأول . فهذه المبادىء كما ترى تسمى كلا منها ملكاً إلا أن الانتفاع قلصر على صاحبه يسترفيه بنفسه ، وبهذا لا يقتصر ثبوته على المبيين المذكورين ، بل قد يثبت بغيرهما إذا قيد بذلك على أن هذا الخلاف لا أثر له حيث أن الكل متفق على أن من ملك الانتفاع بنفسه لا يملك تعليقه لغيره ، فقسيمته بعد ذلك بحق انتفاع ، أو يملك منفعة لا أثر له .

وفي تهذيب الفرق ج ٣ ص ٢٣٤ عند تعريف الملك ما يفيد أن المسألة فيها رأيان . الأول أن الملك لا يتناول الاذن بالانتفاع ، والثاني : أنه يتناوله ، وقال وهو الصحيح فراجع .

الأربعة مضافاً إليها الإباحة . وهي ^(١) الاذن بالانتفاع من غير تعاقد سواء كان صادراً من مالك العين أو كان أذنأ عاماً كما في الانتفاع بالمنافع العامة .

وأياً ما كان الخلاف في التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، والخلاف في عدد الأسباب الموجبة له ، فمنحن تتكلم عن هذه الأسباب بموضعين مسدى الفرق بين ما يثبت بكل واحد منها .

أما الإجارة : « وهي تملك المنفعة بعوض » فإن المستأجر يملك بها المنفعة المتصوص عليها في العقد ، ولا يملك ما يخالفها قوة « فلو استأجر أرضاً للزراعة فلا يملك البناء عليها ، ومن استأجر سيارة ليركبها ليس له أن يستعملها في نقل الأخشاب أو الأحجار مثلاً ، وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض بشرط أن تكون المنفعة مما لا تختلف باختلاف المنتفع سواء شرط عليه المؤجر الانتفاع بنفسه فقط أولاً ، وأما إذا كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين وأذن له المؤجر أن يملكها لغيره جاز له ذلك ، وهذا لأن الإجارة ترد على منفعة معلومة ، فلو ملك غيره المنفعة التي تختلف باختلاف المنتفعين كان تملك غير المتفق عليه ، وهو لا يجوز بدون إذن المالك .

(١) هذا هو معنى الإباحة الخاص بالمنفعة ، ولكن الإباحة كما تكون واردة على المنفعة تكون واردة على ذات المال ، وحينئذ تعرف الإباحة بأنها الاذن أو الترخيص لآسان في أن ينتفع بالمال أو يستهلكه لا على وجه التعاقد ، وهذا الاذن قد يكون من الشارع ، كما في إباحة الانتفاع بالمنفعة العامة كالزور في الطرقات والجُلوس في المدارس ، أو استهلاك الماء من الأنهار العامة ، والدواء من المصحات العامة .

وقد يكون الاذن خاصاً ، ويكون في الأموال المملوكة لشخص معين إذا أذن لغيره أن ينتفع بها كالأذن بركوب السيارات الخاصة أو البيات في داره ، أو أذن له باستهلاك ماله . كالأذن في أكل طعامه . والإباحة سواء كانت واردة على المنفعة أو على نفس المال تفيد الملك للباح له على الرأي الراجح في مذهب الحنفية .

وهناك رأي آخر يقول : إنها لا تفيد الملك . بل الشخص الباح له ينتفع أو يستهلك العين على ملك مالكها .

أما الإعارة : « وهي التبرع بالمنفعة بغير عوض » فقد اختلف فقهاء الحنفية في إفادتها ملك المنفعة للمستعير ، فذهب بعضهم إلى أنها لا تفيد تملكاً ، بل تبيح للمستعير أن ينتفع بالعين مع بقاء منفعتها على ملك المير ، وعلى هذا الرأي لا يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره لا بعوض ولا بغير عوض ، وذهب الجمهور منهم إلى أنه يملك المنفعة بهذا المقد ، وعلى هذا يجوز له أن يملكها لغيره بطريق الإعارة فقط ما لم يمنع من ذلك مانع كشرط للمير أن لا يعيرها لغيره ، أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المتفعين فإن لم يشترط وكانت المنفعة لا تختلف جاز له الإعارة لغيره حتى وإن نص في العقد على أنه يستعيرها لينتفع بها بنفسه ، وليس له أن يملكها لغيره بعوض بطريق الإعارة ، لأن الأعارة عقد غير لازم ، والإعارة عقد لازم ، فلو جاز له الإعارة لاقتضى ذلك تفسير الوصف الشرعي لأحد العقدين ، فتكون الإعارة لازمة ، أو الإعارة غير لازمة ليتوافق المقدان ، وهذا لا يصح لما فيه من تغيير المشروع والشافعية موافقون للحنفية في هذا .

ولكن المالكية^(١) خالفوا فأجازوا للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بالإعارة أو الإجارة ، لأن من يملك المنفعة يكون له حرية التصرف فيها في مدة الإعارة بشرط ألا يضر بالعين المستعارة . حيث إن عقد الإعارة لازم في مدته لا يجوز للمير إبطاله ، وعلى هذا يكون مبنى الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف في لزوم الإعارة وعدم لزومه .

وأما الوقف^(٢) ، والوصية : فيفيدان ملك المنفعة ، فله أن يستوفيها بنفسه

(١) جاء في تهذيب الفروق في الفرق ٣٠ : « إن المارية تملك المستعير ما شهدت به العادة ، فمن شهدت له العادة بمدة كانت له تلك المدة ملكاً على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع الساتفة في التصرف في المنفعة في تلك المدة ويكون تملك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » ص ١٩٣ ج ١ . راجع شرح رسالة ابن أبي زيد بشرح النفرواي ص ٤٩ ج ٣ .

(٢) الوقف هو حبس العين عن تملكها لأحد من المباد وصرف منفعتها إلى من أراد الواقف . والوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما يمد للوت .

أو يملكها لغيره بعوض ، أو بغير عوض على تفصيل واختلاف في المذاهب .

لأن المملك وهو الموصى أو الواقف إما أن ينص على عموم الانتفاع بأن يقول : ينتفع بها كيف شاء ، أو يقيده بالانتفاع بنفسه ، أو بالاستغلال وينميه من الآخر ، أو يقيده بواحد منها بدون نص على المنع من الآخر ، أو يطلق في العبارة من غير تقييد بشيء ، وهذه الصور اختلفت المذاهب في أحكامها ، ولنا في حاجة إلى ذكر تفاصيل المذاهب ، بل نكتفي بذكر الرأي المعمول به الآن في قانوني الوقف والوصية ، وهو أنه إذا نص على الأمرين معاً أو أطلق ، أو نص على واحد منها وسكت عن الآخر فإنه يجوز الأمران . الانتفاع بنفسه والاستغلال إذا لم يترتب على هذا ضرر بالعين الموقوفة أو الموصى بها ، والحكمة هي التي تقدر ذلك ، هذا إذا كانت العين تحتمل الأمرين أما إذا لم تكن تحتمل إلا الانتفاع فقط ، كالمصحات والمدارس الموقوفة مثلاً ، فإن الموقوف عليه لا يملك أن يملكها لغيره .

خصائص هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بأحكام منها :

١ - أنه لا يكون مطلقاً بل مقيداً ، فيقبل التقييد ابتداءً بالزمان والمكان والصفة ، فلمير السيارة لغيره أن يقيد المستعير بمدة شهر مثلاً ، وبمكان معين كان يقيده بأن يركبها في الإسكندرية مثلاً ، ولا يخرج بها منها ، وأن يركبها بنفسه وكذلك من أجر سيارته أو داره لغيره له أن يقيده بزمان خاص وصفة خاصة بخلاف الملك التام فإنه لا يتقيد بشيء من ذلك كما سيأتي :

٢ - أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية في جميع صورته ، لأن الإرث يكون لفعال الموجود عند الموت ، والمنافع ليست أموالاً عندهم .

وخالفهم المالكية والشافعية والحنابلة في بعض الصور ، كما إذا كانت الإجارة لمدة معلومة ومات المستأجر قبل انتهاءها فإن الورثة يرثون ملك المنفعة في المدة الباقية ، وكذلك إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره مدة معلومة أو استغلاها ومات الموصى له قبل انتهاء المدة ، فإن ورثته يملكون منفعة ذلك الشيء بقية المدة .

وقد أخذ قانون الوصية ^(١) رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمذهب الحنفية ، بخلاف الملك التام فإنه يورث بالاتفاق .

٣ - إن مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدى عليها ، ويضمن مقدار نقصها إذا تميت بتعديده عليها ^(٢) ، وذلك لأنه تعدى على ملك غيره ، وأما إذا هلكت أو تميت بلا تعد فإنه لا ضمان عليه ، لأن العين في يده أمانة ، والأمين غير ضامن لحديث : « ليس على المستودع غير المخل ضمان : والمخل الخائن .

٤ - إن نفقات العين قد تكون على مالك المنفعة إذا ملكها مجاناً بالإجارة أو الوصية ^(٣) ، وقد تكون على مالك العين إذا ملكها بموجب الإجارة ، فمن استأجر سيارة ليركبها تكون تكاليفها على مالك السيارة ، ولو استعارها تكون التكاليف على المستعير ، وفي الملك التام على المالك مطلقاً .

(١) مادة ٥٩ : ونصها « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصي له قبل استيفاء المنفعة الوصى بها كلها أو بعضها : إلخ .

(٢) والتعدي يكون إما بفعل مقصود به الاتلاف أو التئيب أو بتجاوز الشروط التي قيده بها المالك ، أو حبسها بعد استيفاء المنفعة من غير مائتين الرد أو بتهارونه في حفظها .

(٣) هذا عند الحنفية ، وعند المالكية والشافعية والحنابلة أن المنفعة على مالك العين لأن الفروض أن المنتفع ملك المنفعة مجاناً بدون عوض ، فلو ألزمناه بالمنفعة لما خلعت المنفعة مجاناً وإذا كان ملك المنفعة بسبب الوقف فإن المنفعة في غلة الوقف إذا كان موقوفاً للاستغلال ، وطل الوقوف عليه إذا كان موقوفاً للانتفاع على خلاف أيضاً بين المذاهب .

ثم إن هذا النوع من الملك ينتهي بواحد من أمور :

١ - انتهاء مدة الانتفاع سواء كان بإجارة أو وصية أو وقف أو إعارة .

٢ - وفاة من له حق الانتفاع عند الحنفية ، وأما غيرهم الذين يقولون بإرث هذا الحق فلا ينتهي إلا بانتهاء مدة الانتفاع كما بينا ذلك في خصائصه .

٣ - وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة ، لأنها عقد إلزام والقرام ، وبموت مالك العين فاقطع الالتزام ، وكذلك إذا كان بطريق الإعارة لأنها تبرع وهو ينتهي بموت التبرع ، وأما في الوصية فيبدأ ملك المنفعة بقبول الموصى له بعد موت الموصي ، وفي الوقف كذلك لا ينتهي بموت الواقف لأنه إن كان مؤبداً فظاهر ، وإن كان مؤقتاً فينتهي الاستحقاق بانتهاء المدة ولا أثر لموت الواقف فيه .

٤ - هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب يتعذر معه استيفاء المنفعة ، كما إذا كانت أرضاً مستأجرة للزراعة فصارت سبخة ، أو طغى عليها الماء ، أو داراً مستأجرة للسكنى وتهدمت ، والمسألة موضع تفصيل عند الحنفية (١) .

(١) تفصيل ذلك أن الهلاك إما أن يكون بتعد من المالك أو من غيره أو يكون بسلا تعد ، والمنفعة المملوكة إما أن تكون ثابتة بالإعارة أو بالوقف أو بالوصية أو بالإجارة وفي الإجارة إما أن تكون منفعة عين بذاتها أو منفعة مطلقة ثابتة في ذمة المستأجر ، فإذا كانت الهلاك بلا تعد منه أو من غيره فإن الحق ينتهي بهذا الهلاك لا فرق بين أن يكون السبب إعارة أو وقفاً أو إجارة إلا إذا كان ذلك الحق ثبت ديناً في الذمة بالإجارة ، كأن يتعاقد على منفعة من غير تعيين عين تستوفي منها. كما إذا تعاقد مع شخص على حمل أمتعة في سيارة ، فإن المعقود عليه هو الحمل الثابت في ذمة المؤجر ، فإذا حمل المتاع في سيارة ثم هلك في الطريق لا يبطل العقد ، بل عليه أن يحضر سيارة أخرى لتوصله إلى المكان المتفق عليه .

بخلاف ما إذا تعاقد على حمله بسيارة معينة فإنه يبطل بهلاك تلك السيارة ، وإذا كان =

وإذا انتهى حق الانتفاع وجب على المنتفع تسليم العين إلى مالكها عند طلبها إلا إذا كان التسليم يترتب عليه ضرر بالمنتفع أو بورثته ، كما إذا انتهت المدة وفي الأرض زرع لم ينضج ، أو مات المنتفع كذلك ، ففي هذه الحالة تبقى الأرض بيد المنتفع أو ورثته حتى يتم نضج الزرع لكن بأجر مثل هذه المدة الباقية ^(١) ونظير ذلك ما إذا استأجر جماعة سفينة مدة معلومة وانقضت المدة وهم في وسط البحر ، فإنها تبقى بالأجر معهم حتى يصلوا إلى البر ، وليس لصاحبها أن يكلفهم بتسليمها في الحال وليس لهم أن يجبروه على إبقائها معهم أكثر من مدة وصولهم إلى البر ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ، ومثل ذلك إذا استأجر شخص سيارة مدة للذهاب بها إلى مكان معين . فتمطل الطريق ، ولم تصل السيارة في الزمن المحدد تبقى بأجر المثل حتى يصل إذا كان لا يمكنه الوصول بغيرها ، أما إذا كان يمكنه ذلك بغيرها فلا يجبر صاحب السيارة على إبقائها معه .

== الملاك بسبب التمدي أو التخصيص ففي الوقف والوصية يلزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق على التمدي ليستوفي منه الموقوف عليهم والوصي له بقية المنفعة . وكذلك في الاجارة على عين بذاتها أو كان سبب ملك المنفعة هو الاعارة فإنها تبطل بهلاك العين . راجع البدائع ج ٤ ص ٢٢٢ ورد المختار ج ٥ ص ٥٨ .

(١) هذا إذا كان انتهاء العقد بضي المدة ، أما إذا كان بموت المستأجر فإنه يجب الأجر المسمى استعسائاً ، وفي القياس يجب أجر المثل ، وجه القياس : أن العقد الفسخ حقيقة بالمرت ، وإيقاؤه لهذه الضرورة ، فأشبه شبهة العقد ، واستيفاء المتألف بشبهة العقد . ويجب أجر المثل أو في الاستعسان يجب الأجر للمسمى ، لأن التسمية وقعت بالتراضي ، وهي كانت متثارة لهذه المدة بخلاف انقضاءه بضي المدة ، فإن التسمية لم تتناول هذه المدة فلم يوجد تراخ منها على المسمى فوجب أجر المثل : البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ .

النوع الثالث وهو حق الانتفاع العيني ويسمى حق الارتفاق^(١) :

... وهي تسمية حادثة أطلقها قنري باشا في كتابه « مرشد الحيران » ، أخذها من القانون . والفقهاء لا يعمون هذه التسمية .

وعرفوه : بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول ، ثم عدوا منه حق الشرب ، والجري ، والمسيل ، والمرور ، وحقوق الجوار ، الرأسي والجاني . « ، ولكن التعريف لا يصدق على حقوق الجوار ، لأن حق الجوار الرأسي « التعلّي » حق مقرر لشخص على بناء أو لبناء على بناء آخر ، والبناء ليس عقاراً على رأي المالكية ، وحق الجوار الجاني حق مقرر لشخص على عقار ، أو هي حقوق متبادلة بين الجيران لتنظيم الانتفاع بأعلاهم ، ولذلك تراهم يزيدون في التعريف لفظ « غالباً » .

والسبب في هذا هو أنهم نهجوا منح القانون المدني ، وهو يعتبر حقوق الجوار كلها من حقوق الارتفاق^(٢) ، ويتوسع في معنى العقار حتى شمل البناء والأشجار وغيرهما مما هو تابع للعقار .

وإذا كنا نتكلم عن الحق العيني ، وهو المقرر لعين لا لشخص وسمياه بحق الارتفاق ، وعرفناه بالتعريف السابق ، فيحسن أن نقصره على حق الشرب والجري . والمسيل ، والمرور ، ليكون التعريف شاملاً لها غير قاصر . ثم تلبيحه بالسلام على حقوق الجوار .

(١) الارتفاق في اللغة . الاتكاء على مرفق اليد ، ويطلق على ما يستعان به . جاء في المختار الرق والمرفق موصل الذراع من العضد ، والمرافق أيضاً من الأمر ، وهو ما ارتفعت به وانتفعت ، ومنه قوله تعالى : ويهيء لكم مرفقاً « ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها .

(٢) القانون المدني الجديد عرف حق الارتفاق في المادة ١٠١٥ - الارتفاق حق يحد من منفعة عقار للفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، ويموز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع السابق من وجوه :

١ - إن حق الارتفاق يكون دائماً مقررأ على عقار ، وأما حق الانتفاع فقد يكون متعلقأ بعقار ، كما في وقف العقار أو الوصية به . أو إجارته أو إعارته ، وقد يكون متعلقأ بمنقول كما في إعارة كتاب أو إجارة سيارة مثلا .

٢ - إن حق الارتفاق يكون مقررأ لعقار إذا قصرناه على الشرب والمجرى ، والمسيل ، والمرور . وإذا جعلناه شاملاً لحقوق الجوار فقد يكون مقررأ لعقار . وقد يكون لشخص ، وأما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .

٣ - إن حق الارتفاق غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه . وأما حق الانتفاع فله وقت ينتهي بانتهائه . إما بالموت أو بانتهاء مدة الإجارة أو الإعارة مثلا .

٤ - هذا الحق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يحملونه مالا . لأنه تابع للعقار .

خصائص هذا النوع من الملك :

لحقوق الارتفاق خصائص وأحكام عامة تشملها كلها . ولكل واحد منها أحكامه الخاصة .

فأحكامها العامة هي أنها إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر . فإن ترتب عليها الضرر وجب إزالتها

فمثلاً إذا كان حق الشرب من التربة العامة يترتب عليه ضرر ببقية المنتفعين يمنع بمقدار ما يزيل الضرر . وكذلك المسيل القذر في الطريق العام يجب إزالته ،

وكذلك السير بالسيارة في الطريق العام إذا ترتب عليه ضرر منع . كمن يسير بسرعة كبيرة ، أو في اتجاه غير الاتجاه المخصص للورور . لحديث . « ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١) ومعناه لا ينبغي لأحد أن يضر غيره ولا يضره غيره^(٢) . لأن المضارة تولد البغضاء والشحناء . وهما منهي عنها شرعاً . ومن هذا الحديث قرر الفقهاء قاعدة عامة تقول : الضرر يزال . »

الأسباب المشيئة لحقوق الارتفاق : هذه الحقوق كما تكون مقررة على عقار مملوك لشخص أو أشخاص تكون مقررة على عقار جعل للمنفعة العامة وكما تكون ثابتة في وقت معين بسبب معلوم كذلك تكون ثابتة في وقت يحمله الناس وبسبب غير معلوم . لذلك تثبت بأسباب كثيرة منها :

١ - الشركة العامة في المقارات المقررة للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار والترع العامة التي لا تدخل في ملك أحد ومثلها المصارف العامة ، فإن هذه تثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها . حتى كان لأصحاب المقارات أن يروا من هذه الطرق ويسقوا أراضيهم من تلك الترع ، ثم يصرفوا المياه الزائدة عن حاجتهم في تلك المصارف ، لأن هذه المنافع تعتبر شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها حيث إنها أعدت لذلك :

٢ - الشرط في عقد معاوضة كأن يبيع شخص لآخر قطعة ارض زراعية

(١) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ .

(٢) جاء في المنتقى ج ٦ ص ٤٠ في شرح هذا الحديث : يحتمل أن يريد به التأكيد . فيكون الضرر والضرار واحداً ويحتمل أن يريد به لاضرار على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الضرر عليه ، ولا يجوز له إضراره بغيره ، وقيل الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة . والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، ويحتمل أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره ، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه اهـ ملخصاً .

ويشترط أن يكون له عليها حق شرب لأرض أخرى مملوكة له . أو حق مرور لها . وقبل الشاري ذلك ، فإن حق الشرب وحق المرور يشترطان بهذا الشرط .

٢ - التقادم : بمعنى أن يكون حق من هذه الحقوق ثابتاً لغير من زمن قديم غير معلوم وقت ثبوته . كما إذا ورث شخص أرضاً تسقى من أرض يحوارها . أو تصرف ما فضل من ماها في مصرف مملوك لشخص آخر . والناس الموجودون لا يعرفون متى ثبت هذا الحق فأننا في هذه الحالة نحكم بثبوت الحق إذا أراد صاحب الأرض أو المصرف أن يمنع من استعماله . لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع إلا إذا تبين لنا أنه ثبت في أول الأمر بسبب غير مشروع وحينئذ لا نقرده في إبطاله .

هذا ولو أذن شخص لجاره أن يمر إلى أرضه من ملكه ، أو يسقي أرضه من مجرى ماء له ، فإنه لا يثبت لأرض المأذون له حق ارتفاق على أرض من أذن له ، لأنه مجرد إباحة ، وله أن يرجع في هذا الإذن في أي وقت شاء ، فلا يصح لمن ملك الأرض بعده بالإذن أن يطالب بهذا الحق .

وبعد أن عرفنا معنى الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع الشخصي والأسباب التي يثبت بها تفصل الكلام على هذه الحقوق ، وإليك البيان .

١ - حق الشرب : الشرب في اللغة . الحظ والنصيب . الماء ، ومنه قوله تعالى : « إنا مرسلوا ناقة فتنه لهم فارتقبهم واصطبر ونبههم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محضر ^(١) » أي يحضره صاحبه .

وقوله تعالى خطاباً لثمود قوم صالح بشأن ناقته : « هذه ناقة لها شرب

(١) سورة القمر الآية - ٢٨ .

ولكم شرب يوم معلوم « (١) .

وفي الإصلاح الشرعي ، هو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر ، أو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للشجر أو الزرع ، فهو يطلق عندهم على معنيين :

١ - النصيب المستحق من الماء .

٢ - زمن الانتفاع به .

فاذا كان الماء في مجرى عام يكفي كل المنتفعين به ممي مقدار الماء الذي يأخذه كل واحد شرباً ، وإذا كان الماء في مجرى خاص ولا يكفي الكل دفعة واحدة فاتفقوا على قسمته بالأيام سمي زمن انتفاع كل شرباً .

وبما يلحق بهذا الحق ، حق الشفة ، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي ، وسمي ذلك بحق الشفة ، لأن شرب الإنسان يكون بتناول الشفة لإصاله إلى الجوف ، ولذلك عرفه بعض فقهاء (١) الحنفية بما يشمل النوعين فقال : حق الشرب هو حق الشرب والسقي .

أقسام المياه بالنسبة لهذين الحقين : الشرب والشرب .

تنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين إلى ثلاثة أنواع . لأنها إما أن تكون

(١) سورة الشعراء - ١٥٥ ، والآيتان في موضوع واحد وهو قسمة الماء بين الناقة وقوم صالح بالميامة . وذلك لأن الله قسم ماء المين بينهم وبين الناقة فجعل لهم يوماً يحضرون فيه وحدهم ، وجعل للناقة يوماً تشرب فيه وحدها ولا يحضرون يومها ، بل كانوا يشربون لبنها . راجع القصة في كتب التفسير .

(٢) صاحب البدائع ص ١٨٨ ج ٦

في مجرى عام غير مملوك لأحد ، أو تكون في مجرى خاص مملوك لشخص أو أشخاص ، أو تكون محرزة في آنية أو ما يشابهها من الأواني^(١)

فالأول : وهو ماء المجاري العامة سواء حفرت بطبيعتها كنهر النيل بمصر ، ونهري دجلة والفرات بالعراق ، ونهر الأردن وأمثاله ، أو حفرتها الدولة للنفقة العامة ، كترعة الباجورية والإسماعيلية وغيرها في مصر ، وهذا النوع يثبت لكل واحد فيه الحقان ، فله أن يأخذ ما شاء من الماء للشرب والاستعمال المنزلي ، وأن يسقي أرضه كيف شاء . إما بشق جدول لأخذ الماء أو بنصب الآلات البخارية وغير البخارية « السواقي » التي يعبر عنها الفقهاء « بالرحى » ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد عدم الضرر بالناس فمن فعل فعلاً يضر بالعامّة ، كان يقيم على ترعة آلة بخارية تأخذ كل ماؤها أو معظمه منع من ذلك ، وكان لكل واحد منهم ، لأن الماء حق لهم كلهم . وهم شركاء فيه لحديث . « الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلاً والنار » والشركة هنا شركة إباحة لا شركة ملك ، ولأن هذه الأشياء ليست مملوكة لأحد ، ولا للناس كلهم . وإنما هي مباحة لهم ، فمن أخذ شيئاً وأحرزه منها ملكه ، والمراد بالماء في الحديث غير المحرز لأن المحرز لا شركة فيه ، بل هو مملوك لصاحبه يتصرف فيه كما يتصرف في أمواله ، لحديث « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا مساحل منه^(٢) » ، وحمله يكون بإحرازه .

(١) راجع الجامع الوجيز « الفتاوى البرازية » على هامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١١٤ وما بعدها .

(٢) روى مسلم في صحيحه بسنده إلى أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولم يذهب عنهم ألب . رجل على فضل ماء بالفلاة بمنه من ابن السبيل ، ورجل بايع رجلاً سلعاً بعد العصر فحلف له بالله لأخذها بكلاً وكذا فصدقه وهو على غير ذلك ، ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا لدينا فإن أعطاه =

والثاني : وهو ما كان يجري في أرض مملوكة كترعة سحرها شخص أو أشخاص في أرض مملوكة لهم لتأخذ المياه من الأنهار العامة لسقي أراضيهم ، ومثل ذلك المياه التي تنبع من عين أو بئر حفر في أرض مملوكة كذلك ، فهذا النوع من المساء يثبت لأصحاب الأرض الحقان فيه ، فإن كان واحداً انتفع به كيف شاء ، وإن كان أكثر من واحد وجب عليهم توزيع الماء بينهم توزيعاً عادلاً . إما بالمياومة الزمنية أو بتقسيمه . بأن يفتح كل واحد فتحة في التربة على حسب مقدار أرضه ، ولا يشترط في استعمالهم شيء إلا عدم إضرار بعضهم ببعض .

وأما بالنسبة لغيرهم ، فإنه يثبت للناس كلهم حق الشرب ، وهو أخذ المساء لشرب الإنسان والحيوان والاستعمال المنزلي ، ولا يثبت لهم حق الشرب ، وهو سقي الأرض إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا باع صاحب هذا المجرى جزءاً من أرضه بشرها ، أو شرط المشتري عليه أن تسقي من هذا المجرى وقبل ذلك .

وما تجب ملاحظته هنا أن ثبوت حق الشرب للناس في هذا النوع من الماء مقيد بعدم إلحاق الضرر بأصحاب الأرض التي فيها الماء ، فيجب على المتنعين به أن يحافظوا على حافة هذه الأماكن حتى لا تسد أو تتخرب ، كما يجب عليهم أن يسلكوا في وصولهم إليها الطريق العام إن كان موصلاً إليها ، ولا يذهبوا إليها من أرض مملوكة لصاحبها ، فإذا تعين المرور في أرضه كان صاحب الأرض غيراً بين أمرين . أما أن يأذن لهم بالمرور فيها ، أو يخرج لهم الماء ليشربوا ، فإن لم يفعل دخلوها رغم ألفه فإن منعهم ولم يكن ماء قريب يمكنهم أخذه

= منها وفي وإن لم يمطه منها لم يوف »

بعد العصر أي آخر النهار لينفق سلته فحلف أنه اشترأها بكذا وبسيما بكذا وبع قليل لثلاثي إلى الغد كما يفعل ذلك الناس عادة . فيفيد الحديث أنه لو فعل ذلك في أي وقت كان حراماً . فالحديث لا مفيد له .

حاجتهم منه قاتلوه أولاً بغير السلاح . فإن لم يقد قاتلوه بالسلاح ، لأن هذا الماء لا زال باقياً على الإباحة فلكل إنسان الحق فيه ، ومن منع شخصاً حقاً من حقوقه كان له أن يقاتله بالسلاح حتى يأخذ حقه ، والأصل في إباحة للقتال بالسلاح ما روى ^(١) أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلومهم على البئر فأبوا فسألوم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم : إن أعتاقنا وأعناق مطاياك أدت تقطع فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو خليفة فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح » .

والثالث : وهو الماء المحرز في الأواني أو الأنابيب ومنه المياه التي توزع في المدن ، وكذلك ماء الطلمبات ، فإنه يعتبر محرزاً في الأنابيب ، ولا يجري بنفسه وهذا مملوك لصاحبه سواء كان شخصاً أو شركة ، لأنه مباح الأصل والمباح يملك بالاحراز ، لحديث « من سبقت يده إلى مباح فهو له » ، وحديث « نهى عن بيع الماء إلا ما حل منه » ، ولأن العادة جرت في الأمصار في كل المعصور باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستغلال ثمنها من غير تكبير ، ومثل هذا يعتبر دليلاً على الملك .

هذا النوع لا يثبت لأحد غير صاحبه حق فيه لا شرباً ولا شرباً . لأنه كبقية الأموال ، فلا يحل لأحد أخذه إلا إذا اضطر إليه بأن لم يجد غيره للشرب لنفسه ولدوابه ، فإن له أن يأخذه من صاحبه بالقوة والقتال بغير السلاح بشرط أن يكون فائضاً عن حاجة صاحبه ، فإذا أخذه ضمن قيمته كبقية الأموال المملوكة التي تؤخذ في حالة الضرورة ، فإن لم يكن فائضاً عن حاجته

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج ، والكلماني في بدالعه « ووجه الدلالة من هذا الأمر ، أن عمر قال ذلك ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فيكون بمثابة الإجماع على مشروعته ، لأنه لو كان غير جائز لأنتكروا عليه خصوصاً في هذا الأمر الخطير وهو القتال بالسلاح .

فلا يحل لنبيه أخذه . ولا القتال عليه ، لأن القتال أبيع لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره الذي هو أولى منه به ، لأنه ماله له .

وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك القتال بغير السلاح عند وجود الفضل عن حاجته صاحبه لأن الماء بماله ، والمالك له حرمة تجب مراعاتها ، وكان مقتضى ذلك ألا يقاتله أصلاً ، لكن العطش وخوف الهلاك دفعاه لأن يطلبه إبقاء لنفسه وحفظاً لها ، فأبيع له القتال ، وبقي حمل السلاح على أصل تحريمه .

حق المجرى أو الاجراء : هذا الحق تابع لحق الشرب ، لأن الشرب . وهو التنصيب من الماء لسقي الزرع والشجر لا يمكن استيفائه إلا إذا كان له مجرى يمر به إلى الأرض المراد سقيها ، فيكون حق المجرى : هو أن يكون لمعار حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر ماله غير مالك الأول .

فإذا ثبت ذلك الحق لمعار كان للمالك حق إجراء الماء في ذلك المجرى ولا يحق لصاحب الأرض التي فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من إجراء الماء متى كان حقه ثابتاً بسبب من الأسباب السابقة ، كما لا يحق له أن يمنع من المرور بنفسه ليصلح المجرى بإزالة ما يعوق الماء عن المرور ، فإن منعه ألزم بإصلاحه بنفسه ، فإن امتنع أجبر على أحد الأمرين .

وإصلاح المجرى على من له حق السقي سواء كان واحداً أو أكثر ، فإن امتنع واحد أجبر على ذلك .

ثم إن هذا الحق إذا كان قديماً يجب بقاؤه ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على بطلانه ، وإبقاؤه مشروط بعدم الضرر بصاحب الأرض ، فإن كان يلحقه منه ضرر كنز الماء في أرضه مثلاً وجب على من له حق

السقي إزالة الضرر إما بتعميق المجرى ، أو بتقوية جوانبه ، أو بتقليل الماء فيه دفعاً للضرر .

هذا ولا يجوز لشخص استعمال مجرى^(١) النهر الذي لا حق له فيه إلا بإذنه ، كما لا يجوز له إحداثه في ملك الغير إلا بإذنه^(٢) .

٣ - حق المسيل : المسيل هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة ، أو غير الصالحة . فالفرق بينه وبين المجرى ، أن المجرى جلب الماء الصالح لأهل الانتفاع ، والمسيل تصرف الزائد عن الحاجة سواء كان صالحاً ، كما في مصارف الأرض الزراعية ، ومياه الأمطار الساقطة على المنازل أو غير صالح كما في الماء المستعمل في المنازل .

وعلى هذا يكون حق المسيل : هو حق صرف الماء غير الصالح ، أو الزائد عن الحاجة في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام ، ويستوي في هذا أن يكون مصدر المياه أرضاً زراعية ، أو منزلاً للسكنى ، أو غير ذلك كالمصانع والمقاهي . هذا الحق متى ثبت لا يزال إلا إذا كان مضراً ضرراً لا يمكن رفعه ولا يبطل بتغير صفة العقار من أرض زراعية إلى دار ، أو من مسكن إلى مصنع ، وأحكام المسيل مثل أحكام المجرى من الإصلاح والدخول في ملك الغير وغير ذلك .

(١) القانون المدني أجاز الغير استعمال السقاة أو الصرف الخاص بقدر الحاجة بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها ، ولكنه جعل على المالك المجاورين أن يشتركوا في نفقات الانشاء والصيانة ، ويجب أن يعرض تعويضاً عادلاً عن ذلك الانتفاع ، وكذلك إذا أصابه ضرر من ذلك ، راجع للبراد ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ .

(٢) ولقد روي أن الضحّاك بن خليفة الأنصاري أراد أن يجري ساهه في بستان لمحمد بن مسلمة ليسقي أرضاً له مجاورة له فمنعه ، فشكاه إلى عمر بن الخطاب ، فقال له عمر : أيفرك ؟ فقال لا ، فقال له : فواظ لو لم أجده لم يمرّ إلا على بطنك لأمرته وكان أن نفذ ما قضى به النخ . وهذا بظاهره يفيد أنه يجوز إخراج الماء في أرض الغير بدون إذنه . بل يفيد أنه يحجر عليه =

٤ - حق المرور : هو حق الوصول إلى عقار معين من طريق ليس مملوكا

لصاحبه سواء أكان الطريق عاما أم خاصا مملوكا للغير .

فالطريق الذي يثبت فيه حق المرور نوعان : عام ليس مملوكا لأحد ، وخاص مملوك لشخص ، ولكل منهما أحكام تخصه ، وإليك بمض هذه الأحكام .

أما الطريق العام : الذي ليس مملوكا لأحد ، فإنه يثبت حق المرور فيه لكل إنسان مطلقا غير مقيد بقيد إلا عدم الإضرار بغيره سواء كان عقاره واقعا عليه أو لا ، كما يثبت عليه حق آخر لمن كان ملكه متصلا به واقعا على أحد جانبيه ، وهو حق فتح الأبواب والنوافذ ، وإغاثت فيه لأن الطريق العام جعل لارتفاق العامة فيثبت الحق لكل من غير تفرقة .

وأما الالتفاع به بغير هذين الحقيين . كأنشاء ظلة ، أو دكان « مصطبة » أو طنف « بلكون » أو وضع عروض التجارة سواء أكان من أبواب المحلات التي عليه أم من غيرهم ففيه تفصيل . فان كان يضر بالمصلحة التي أعد لها الطريق ، وهي المرور منع من ذلك ، لأن الضرر يجب منعه أو إزالته ، وهذا بالاتفاق ، وإن لم يكن ضارا بأن كان الطريق متسما ، وإحداث ذلك لا يعوق المرور ، فإنه يجوز إحداث ذلك لكن عند أبي حنيفة بشرط إذن ولي الأمر ، وعلى هذا يكون لكل واحد من الناس منعه من إحداثه وتكليفه برفعه بعد إحداثه . لأن هذا حق الإمام « ولي الأمر » ولكل واحد منع من أفتات على حقه ، ولم يشترط

= إذا منعه ، ولكن هذا الظاهر لا يجري على عمومته ، لأننا لو فعلنا ذلك لأهدرنا الملكيات وحرمتها ، وهذه الحادثة إن دلت على شيء إنما تدل على أنه يجوز إذا تملت أرض الجمار بحيث لا يوجد سبيل آخر لذلك . ولعل الأرض التي كانت لحمد بن مسلمة كانت مواتا وأحياءها ، وأرض الضجاء كذلك وأحياءها بعده . ويستند يمين إسماعيل الماء فيها وإن لم يرض صاحبها ، بعد ذلك وجدت في شرح الموطن للباجي ج ٤ ص ٦٤ وما بعدها تأويلات لهذا الأمر وبيان المراد به وآراء الفقهاء ذلك فليراجع .

صاحبه هذا الإذن على تفصيل ليس هذا موضعه .

والراجع هنا رأي الإمام ، لأن الطريق جميل لمنفعة العامة ، فليس لواحد منهم أن يفعل شيئاً زائداً ، لأنه يكون قد استوفى حقاً زائداً عما ثبت له ، على أن هذا الأمر قد يكون فيه ضرر لكنه خفي الآن فيختلف الناس في تقديره واختلافهم يؤدي إلى النزاع . فتقديراً لهذا يفوض التقدير إلى ولي الأمر ، فيتوقف الانتفاع على إذنه ، وهو لا يأذن بما فيه ضرر للناس ، فينتقطع عند إذنه النزاع ، فإذا لم يأذن يكون المنتفع مقتاتاً على حق ولي الأمر ، فيكون لكل فرد حق منع هذا الاقتنيات .

والقانون المدني يوافق مذهب الإمام ، لأنه يشترط في أي ارتفاق في الطريق العام غير المرور الترخيص الخاص من أولي الأمر .

وأما الطريق الخاص : وهو المملوك لأشخاص فيثبت لأصحابه حق المرور فيه وفتح الأبواب والتوافذ من غير قيد ، وليس لغيرهم أن يفتح فيه نافذة إذا كان طريقه من جهة أخرى إلا إذا كان الحق ثابتاً له من قديم الزمان ، وأما بناء أحدم الظلة أو الدكان فيشترط فيه إذن الكل ^(١) . فان اتفقوا على ذلك جاز ، ولا يبطل حق أحد منهم بسد باب ، فله أن يفتح ثانياً ، ويتبع المقار كيفما كان مالكة .

وإذا أذن أصحابه للناس بالمرور فيه ، وكان نافذة فليس لهم المنع بعد ذلك ، كما أنه ليس لهم سده بإقامة باب عليه حتى ولو كان الطريق غير نافذ ، لأنه ثبت للعامة حق المرور فيه إذا كان نافذة وحق الالتجاء إليه عند ازدحام الطريق أو حدوث حادثة فيه ، وليس لهم بيعه بإتفاقهم ، ولا قسمته بينهم . لأنه بعد ثبوت الحق للعامة فيه ليس لهم إبطاله بأي وجه من الوجوه ^(٢) إلا إذا كانوا أقاموا

(١) سواء كان مضراً أو غير مضر كما هو صريح للمادة ١٢٢ من المجله المعدية .

(٢) راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٩٧ ، وشرح المجله المادة ١٢٢٣ :

عليه باباً من أول إنشائه ، فانه يكون بمثابة المال المشترك الخاص بهم ، فلم يثبت لأحد حق فيه فلهم قسمته ، ومنع الناس من دخوله وبيمه .

هذا هو حكم المرور في ملك الغير كأرضه الزراعية أو ساحة داره ، فإذا ثبت بالتمليك تبعاً للمقار كان يبيع شخص أرضاً مع حق المرور إليها فانه يثبت دائماً ، ويتبع المقار في الملك ويثبت على الوجه المتفق عليه من مروره وحده أو بدوابه أو مروره ماشياً أو راكباً ، وأما الأذن بالمرور فلا يثبت حقاً لازماً ، بل له أن يرجع عنه .

هذه هي حقوق الارتفاق ، وتلك أحكامها الإجمالية ، وبقية التفاصيل يرجع إليها في المراجع الأصلية .

حقوق الجوار : الشريعة الإسلامية جاءت منظمة لشريعة الجوار ، وحثت على إكرام الجار ليعيش الناس في ألفة من غير تباعد ولا شحنة ، وفي السنة أحاديث كثيرة في هذا المعنى ، منها :

قول رسول الله ﷺ : « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، وقوله : « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه » ، أي غوائله وشروعه ، وقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » . وقيل لرسول الله : إن فلانة تصوم النهار ، وتقوم الليل ، وتؤذي جيرانها ، فقال : « هي في النار » ، وغير ذلك من الأحاديث (١) .

والجوار نوحان : علوي ، رأسي ، وجاني ، والأول هو المسمى بحق التعلي.

(١) جمع الامام الشيرازي في كتابه كشف الغممة أحاديث حقوق الجوار فراجعها في ج ٧ ص ٢١٤ وما بعدها .

وهو أقوى من الآخر ، ويكون غالباً^(١) بين بنائين أحدهما فوق الآخر ، ويتحقق ذلك في دار مكونة من طبقتين مثلاً مملوكة لشخصين لأحدهما سفلى ، وللآخر علوها ، كما إذا كانت دار موروثه ، واتفق الوارثان على قسمتها على هذا الوجه ، أو تكون مملوكة لشخص وباع طبقة منها لآخر ، فحينئذ يكون لصاحب الملو حق القرار على ذلك السفلى من غير أن يملك سقفها ، فإن السقف ملك لصاحب السفلى ، إذ به يتم ويكون سكناً .

وحق التملك نوع من حق القرار كما هو نوع من الجوار ، لأن حق القرار كما يكون على الأرض في صور استئجار الأرض للبناء عليها ، وهو المسمى بالحكر يكون على بناء ، وهو حق التملك ، والجوار كما يكون جانبياً يكون علوياً .

وهذا الجوار أقوى من الجوار الجانبي ، لأن ملك كل منهما ليس خالصاً لتعلق حق كل منهما بالآخر ، وانتفاع كل منهما بملك الآخر نوع انتفاع ، فكما ينتفع صاحب الملو بقرار بنائه على الآخر ، كذلك ينتفع صاحب السفلى بالملو بمنع الحرارة الشديدة عنه صيفاً ، وتسرب الأمطار إلى ملكه شتاء .

من أجل ذلك وجب مراعاة حق كل منهما عند التصرف ، واتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما التصرف في ملكه بما يضر بالآخر ، كأن يهدم صاحب السفلى بناءه أو يفتح فتحات تضعف تحمل البناء ، وكان يبني صاحب الملو طبقة أو طبقات توهن السفلى .

والتصرفات التي تصدر عنها قسمها الفقهاء ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات الضارة بيقين كما مثلنا ، وهذه ممنوعة بالاتفاق ، ولو حصلت وترتب عليها الضرر كان للمتسبب فيها ضامناً لما لحق الآخر من الضرر .

(١) قلنا غالباً ، فإنه قد يكون أحدهما بناء والآخر غير بناء . صكاً إذا مدم الملو وبقي السفل . وقد يكونان غير بناء ، كما إذا تهدم الملو والسفل معاً .

الثاني : تصرفات لا تضر واحداً منها يتيقن ، كالأصلاحيات المعتادة من دهن الجدر وتزيينها بالورق الملون ، وتركيب الثريات الكهربائية ، وتبديل الأبواب والنوافذ ودفق المسامير الصغيرة ، وهذه لا تمنع اتفاقاً .

الثالث : تصرفات تحتمل الضرر وغيره ، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة في بعض الحجرات ، أو أن يبني صاحب الملو حجرة للخدم ، أو لفصل الشباب ، أو يضع في إحدى الحجرات متاعاً كثيراً قد يؤثر في السقف . وهذا النوع اختلف الإمام وصاحبه في جواز مباشرته .

فأبو حنيفة يمتنع ، وصاحبه يحوزانه ، ومبنى الخلاف بينهما : أن أبا حنيفة نظر إلى تعلق حق الغير بالملك فقيده تصرفه ، لأن ملكه ليس خالصاً ، ولم يبيع له إلا ما يتيقن عدم ضرره ، وأما ما عداه فهو قوف على رضا الآخر ، والصاحبان نظرا إلى أنه ملك . والمالك يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً ما دام لا يضر غيره يتيقن ، فهو ممنوع مما يتيقن فيه الضرر ، وما عداه مباح له .

فالأصل عنده المنع ما لم يعم الدليل على عدم الضرر فيباح . وعندما الأصل الإباحة ما لم يعم الدليل على الضرر فيمنع .

هذه هي وجهة كل من الرأيين باختصار ، وقد صرح فقهاء المذهب ، بأن رأي الإمام هو المختار^(١) للفتوى ، لأن هذا الملك وإن كان تاماً لوقوعه على رقبة المال ومنفعته معاً إلا أنه عارضه تعلق حق الغير به . فيجب ملاحظة الأمرين معاً ، فيمنع من أن يفعل ما يلحق الضرر بغيره يتيقن ، وأما المشكوك فيه فإن احتمال الضرر قد يؤدي إلى الضرر ، فيكون ذريعة إلى الضرر ، فإن

(١) راجع فتح القدير ص ٥٠٣ ج ٥ ، وحواشي ابن عابدين ص ٥٥٥ ج ٥ في مسائل شتى ، وفيها : « واختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا لا يملك ، وإذا علم أنه لا يضر يملك » . ومثله في البحر ص ٣٢ - ٣٣ ج ٧ ، ونقل عن جامع الفصولين أن الملك مطلق ، والحق مانع وقد اجتماعاً فيجتمعا بينهما .

مثل هذه الأشياء وإن لم تؤثر الآن فانها تؤثر بعد ذلك فيمنع منها ، والمنع من هذا التصرف ليس ضرراً في ذاته فانه وإن منع من فعل فقد منع الآخر من فعل مماثل له من أجله ، فالتكافؤ موجود بينهما .

وإذا هدم صاحب السفلى بناءه أجبر على إعادته ، لأنه تعدى على صاحب العلو بإزالة حق القرار الذي للعلو ، وحينئذ يلجأ صاحب العلو إلى القاضي ليحبر الآخر على إعادة بنائه ، فلو امتنع صاحب السفلى بعد ذلك وقام صاحب العلو ببنائه بدله رجع عليه بما أنفقه ما دام بأمر القاضي ، أما لو بناء من غير أن يرجع إلى القاضي كان متبرعاً فلا يحق له الرجوع .

وأما إذا تهدم السفلى وحده فلا يحبر على إعادته ، لأنه غير متعمد ، وفي هذه الحالة إذا لم يقيم صاحب السفلى بأعادة البناء بنفسه ، وقام به صاحب العلو على نفقته بدون إذن كان له أن يطالب صاحب السفلى بقيمة البناء ، وله حق منعه من الانتفاع به حتى يؤدي تلك القيمة ، لأنه لم يكن متبرعاً بهذا العمل ، بل هو مضطر إليه ليصل إلى حقه . ولا سبيل للوصول إليه إلا بهذا الطريق حيث لا جبر على صاحب السفلى^(١) .

وأما إذا قام به باذن صاحبه أو القاضي رجع عليه بما أنفقه كله ، لأنه وكيل عنه بمقتضى الاذن ، وإذا هدم صاحب العلو علوه فالمعتمد أنه لا يحبر على بنائه حيث لا ضرر يلحق صاحب السفلى من ذلك .

(١) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣ « كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بفعل شريكه فهو متطوع ، لأنه له طريق وهو المطالبة بالاشتراك بالفعل ، ثم قال : وإن كان لا يحبر لم يكن متطوعاً كما لو رجل وسفل الآخر وسقط السفلى فبناء الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه ، فكان في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه ، وإذا بناء وبني عليه علوه له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكتى حتى يؤدي قيمته ، واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع ، والصحيح وقت البناء » اهـ ملخصاً .

وهذا الحق ، حق التملي ، يصح بيعه والبناء قائم بالاتفاق ، لأنه حق متعلق بالمال ، وأما بعد الهدم فلا يصح بيعه عند الحنفية ، لأنه ليس بمال ولا هو حق متعلق بمال . والمالكية ، والحنابلة جوزوا بيعه مطلقاً سواء أكان البناء قائماً أم لا ، بل أجازوا بيعه قبل بناء السفلى ، غير أنه يشترط تحديد مقدار ما سيبنى من السفلى ، ويقدر ما يباع من العلو حتى لا يكون مثار نزاع بين المتعاقدين .

وأما الجوار المجاني أو المطلق : فقد اختلف الفقهاء في ثبوت حق الجار على جاره يقيد تصرفاته حق يمنع من أن يفعل في ملكه شيئاً يضر بملك جاره على قولين :

الأول : أنه لا حق لأحدهما على الآخر يقيد تصرفاته ، فلكل منهما أن يتصرف في ملكه كيفما شاء ، فله أن يفتح ما شاء من الأبواب والنوافذ ، ويعلي البناء ويهدم منه ما يشاء ، ومن ذهب إلى هذا الرأي المتقدمون من الحنفية ، وهو مذهب الشافعي وأحمد ، وهو مقتضى حرية تصرف المالك في ملكه ، لكن ينبغي أن يقيد ذلك بما لا يظهر منه قصد الإضرار بالغير عند تصرفه وإلا منع ، هذا هو مقتضى المبادئ العامة في الشريعة .

الثاني : أن تصرفه مقيد بما لا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، وإلى هذا ذهب المالكية ، وهو رواية عن أبي يوسف ^(١) ، واستحسن هذا الرأي الفقهاء المتأخرون من الحنفية ، فخالفوا صراحة مقررراً في المذهب عند المتقدمين ، وقالوا : يجب أن تقيد تصرفاته بذلك وإن لم يقصد الضرر ، واستندوا في ذلك

(١) جاء في كشف الأسرار الصغير شرح التاراج ٢ ص ٣٠٣ : روي عن أبي يوسف فيمن تصرف في خالص ملكه بما يضر جيرانه يمنع عنه وإن كان متمتعاً في ملكه دفعاً للضرر عن الغير .

إلى حديث « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ». وما في معناه ، وفي بعض أحاديث الجوار صريح بالنهي عن التطاول في البناء إلا بإذن الجار فقد روي أن رسول الله قال لأصحابه : « أتدرون ما حق الجار ؟ إذا استعانك أعنه ، وإذا استقرضك أقرضه ، وإذا افتقر عدت عليه بمالك . وإذا مرض عدته ، وإذا أصابه خير هنيئته وإذا أصابته مصيبة عزيتة ، وإذا مات اتبعت جنازته ، ولا تستطل عليه بالبناء فتحبب عنه الريح إلا بإذنه ^(١) » الخ الحديث .

وبناء على هذا الرأي يضمن الضرر الناشئ عن فعله سواء أكان الضرر مباشراً أم بطريق التسبب ، وعلى الرأي الأول لا يضمن إلا الضرر المباشر ، وأما التسبب عن التصرف في ملكه فلا يضمنه .

وأنت إذا علمت أن الشريعة الاسلامية حضت على عدم إيذاء الجار ، بل على الاجسان إليه في أكل صورة من صور الاحسان ، حتى قال رسول الله ﷺ : « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، وأنها بذلك قد خاطبته من ناحية الخلق والدين لتستقر الحياة ، ويعيش الناس في وئام ، فلم يكن ثمة حاجة إلى تقييد تصرفاته بنص خاص ، لأن الماقل حينما يفكر وينظر في عواقب فعله سيكشف نفسه عن إيذاء الجار ، أو فعل ما يسبب له الضرر ، لأن جاره حينئذ إما أن يفعل معه مثل ما فعله ، وبذلك يكون البادى قد أضر نفسه ، وإما أن يفض النظر عن إيذائه ، وبهذا يكون أكرم عند الله وعند الناس منه .

ولقد كان المسلمون الأولون يهتدون بهدي القرآن والسنة ، لذلك لم يجد الفقهاء السابقون حاجة إلى تقييد تصرفاتهم ، لأن الدين وحسن الخلق فيها العاصم لهم من ذلك ، وهذا هو وجه الرأي الاول .

(١) كشف الغمة ج ٢ ص ٢١٤ .

ولقد روي أن شخصاً شكاً إلى أبي حنيفة من جدار له حفر بئراً في داره يجوار جداره ، فقال له الامام : احفر في دارك يجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ففتت البئر الاولى فكبسها صاحبها ، فقرأه لم يفته يجبر صاحبه على كبس البئر ، بل دله على حيلة ليدفع عن نفسه الضرر . وهو تصرف في خالص ملكه ^(١) .

ولما دارت عجلة الزمن وضعف سلطان الدين على النفوس ، وتهاون الجار في الإحسان إلى جاره ، بل أصبح يكيد له ويتفنن في إينائه استحسن الفقهاء المتأخرون تقليد تصرفاته بما لا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، لأن الناس لما تركوا الواجب الديني ، وتهاونوا فيه قام القضاة بتنفيذ هذا الواجب ، وهنا حقت عليهم كلمة الإمام العادل عمر بن عبد العزيز . تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الأمور .

ولقد مثل الفقهاء لهذا الضرر الفاحش الذي يستوجب المنع بأمثله : منها . الفعل الذي يكون سبباً لهدم بناء جاره ، كأن يتخذ في داره طاحونة أو مصنع حديد ، ويثبت بالدليل أن دوران الطاحونة وطرق الحديد توهن البناء ، وكان يحفر في داره بئراً يجوار جدار جاره ، وكان يحدث بناء يمنع عن جاره الضوء بالكلية ، وما شاكل ذلك .

والواقع أن هذا الأمر ليس محمداً في ذاته ^(٢) ، بل يجتمك فيه إلى العرف ، لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة والأشخاص . ففسد يكون الضرر فاحشاً بالنسبة إلى شخص دون غيره ، وفي مكان دون آخر ، فطرق الحديد

(١) راجع شرح للجلية المعدية ص ١٤٥ ج ٤ :

(٢) حددت المجرة وشروطها الضرر الفاحش بكل ما يمنع الموانع الأصلية أو يمنع النفع الأصلية المقصودة من البناء كالكسنى ، أو يضر البناء أو يجلب عليه وهنا يكون سبب هدمه مادة ١١٩٩ « .

ضرر فاحش في حي هادئ خال من المصانع بينما لا يعتبر فاحشاً ، بل لا يعتبر ضرراً في مكان أقيمت فيه المصانع .

هذا والذي منعه الفقهاء المتأخرون الفعل الذي يثبت بالدليل أنه مضر ضرراً فاحشاً ، أما ما عداه من الأفعال التي يتيقن فيها بعدم الضرر أو لا نجزم فيها بشيء ، وهو المشكوك فيها فمباحة له ^(١) .

جاء في المادة ١٢٠٣ من المجلة ^(٢) : « وإذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه بسده لاحتمال أن يضع سلكاً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار » .

ولقد سار القانون المدني الجديد على هدى هذا الرأي المستحسن عند الفقهاء جاء في شرع القانون للدكتور كامل مرسي ص ٣٢٤ ما يلي :

قن القانون الجديد التزامات الجوار في المادة ٨٠٧ ، وقد اهتدى في تقرير هذه الالتزامات بالشريعة الإسلامية ، وبما قرره القضاء المصري ، فأصبحت

(١) راجع رد المختار لابن عابدين في باب التفرقات ص ٣٤١ ج ٤ ص ٥٩٥ في مسائل شتى آخر باب القضاء ، وفيها يقرر استحصان المتأخرين لمنع ما فيه ضرر بين ، وتكلم على ما اشكل امره ، هل يكون مضرراً أو لا ، فقال : انه غير ممنوع منه وقياسه على ما اشكل في السفل والمعلو قياس مع الفارق ، وعبارته « فالخالق المشكل فيها بالشكل في الأولى غير صحيح فاقهم » يرد بذلك على صاحب الدر الذي قرر ذلك .

(٢) وفي شرح المجلة : وفقاً لقرار ذلك لقاعدة : لا هبرة بالتروم ، والتمثيل بالاحتمال يفيد انه لو ثبت انه فعل ذلك كلف بالسد من القاضي .

مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون وهذا ما تقرره المادة ٨٠٧ .

(١) على المالك ألا يفلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

(٢) وليس الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك المرف وطبيعة المقارات وموضع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

الملك التام

خصائصه وأسبابه

لهذا الملك خصائص منها :

١ - للمالك مطلق التصرف في العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة وإعارة وغيرها ، وهذا الإطلاق لا يتقيد بشيء غير عدم الضرر بالغير ، سواء كان الغير فرداً أو جماعة أو الدولة نفسها ، ويظهر ذلك في صور نزع الملك جبراً .

٢ - للمالك - حتى الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد ، ولا بمكان معين ، ولا بشكل معين ما لم يكن ذلك محرمًا شرعاً كأن يجعل داره نادياً للقبول مثلاً .

٣ - هذا الملك ليس له زمن محدد ينتهي عنده ، لأنه لا يقبل التقيد بالزمان ولا بالمكان ، ولا ينتهي ذلك الملك إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعي ناقص للملك ، أو بالميراث إذا مات المالك ، أو هلكت العين المملوكة .

٤ - إذا أُلغى المالك الشيء المملوك له لا يجب عليه ضمان ، لأن الضمان حينئذ يكون عبثاً ، وليس معنى ذلك أنه يباح له أن يتلف ماله كيفما شاء ويُمضي من المأخذة ، بل قد يستحق المأخذة إذا قتل حيواناً مملوكاً له فيمزره ولي الأمر ، وقد يحجر عليه إذا ثبت سفهه .

٥ - إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلا أسقط شخص ملكيته لعين

لا تسقط ، وتبقى مملوكة له ، لأن هذا هو السائبة التي أبطلها القرآن ، ولذلك لا يصح الإبراء من الأعيان لما في الإبراء من معنى الإسقاط . فلو غصب شخص عيناً من الأعيان فجاء المصوب منه وأبرأ الفاسب عن تلك العين لا يصح ويبقى المال ملكاً لصاحبه ، أما لو أتلف الفاسب المصوب أو تلف منه فإنه يكون مضموناً على الفاسب ، وحينئذ لو أبرأه المصوب منه صح إبرأؤه ، لأنه إبراء من دين في الذمة لا من عين قائمة .

أسباب الملك التام : ثبت الملك التام بواحد من الأسباب الآتية .

١ - الاستيلاء على المال المباح .

٢ - العقود الناقلة للملكية .

٣ - الخلفية . ومعناه أن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه - وهي تتحقق بالإرث . وهذه الثلاثة محل اتفاق بين الفقهاء ، وعليها اقتصر الكثير منهم ^(١) . ومن الفقهاء من يذكر سبباً رابعاً . وهو الشفعة : وهي حق فلك المال

(١) نقل صاحب البحر الرائق من ٢٧٨ ج ٥ عن كتاب الحارثي للعديسي ما نصه : « الملك الاختصاص الحاسر وأنه حكم الاستيلاء ، لأنه به ثبت لا غير ، إذ الملوكة لا يملك لأن اجتماع المالكين في محل واحد لا يتصور ، فلا بد وأن يكون الممل الذي ثبت الملك فيه خالياً عن الملك ، والخالي عن الملك هو المباح ، والمثبت للملك في المباح هو الاستيلاء ، لا غير . وهو طريق الملك في جميع الأموال ، لأن الأصل الإباحة فيها ، وبالببيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لا يصح في مباح قبل الاستيلاء ، ومن شرط الاستيلاء خلو الممل من الملك وقته ، وبالإرث والوصية تحصل الخلافة عن البيت حتى كأنه حي لا الانتقل حتى ملك الوارث الرد بالمبيع دون المشتري » أي المشتري من الورث الذي مات . فالأسباب ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء ، ونقل للملك وهو البيع ونحوه ، وخلافة وهو الميراث والوصية . وجاء في المادة ١٣٤٨ - من المجلد العدلية - « أسباب التملك ثلاثة : الأول الناقل من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة . والثاني كون واحد خلف آخر كالإرث . والثالث إحراز شيء مباح لا مالك له » وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء ، وإما حكمي وذلك بتبعية سببه كوضع الماء بجمع ماء الطر أو نصب شبكة لأجل الصيد .

المشفوع من مالكة الجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

وخالفهم آخرون فلم يحملوه سبباً مستقلاً ، بل أرجعوها إلى أحد الأسباب الثلاثة وهو العقود .

وهذا الخلاف ناشئ عن الخلاف في الشيء المثبت للملك في الشفعة .

أهو الطلب من الشفيع ، أم التراضي بين الشفيع والمالك الجديد أو القضاء عند إيائه التسليم للشفيع بحقه ؟ .

فالأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد بن حنبل ، يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق - على خلاف بينهم في اشتراط دفع الثمن - وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقداً ولا إرثاً ، فتكون الشفعة سبباً رابعاً لها .

والحنفية يذهبون إلى أن الملك في الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت بأحد أمرين :

١ - التراضي بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك ، وهو عقد جديد غير المعقد الأول .

٢ - قضاء القاضي عند إيائه وعدم تسليمه ، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضي عن الممتنع ، وعلى هذا لا تكون الشفعة سبباً جديداً للملك ، بل تكون داخلة في العقود .

ثم إن هذه الأسباب مع اتفاقها في كونها مثبتة للملك التام تختلف من جهات ثلاث . انقسمت تبعاً لها تقسيمات ثلاثة .

فتقسم أولاً إلى أسباب اختيارية وأخرى جبرية .

فالاختيارية : هي الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والشفعة هند من جعلها سبباً مستقلاً ، فإن هذه الأسباب لا تكون إلا باختيار الشخص ، فإذا أقدم عليها ثبت الملك .

والجبرية : هي الخلفية التي تتحقق باليراث ، فإن هذا السبب يثبت الملك فيه جبراً من غير اختيار لا من المالك الأول ولا من المالك الثاني ، لأن الشارع جعل الوارث يحل محل المورث في ملكه المنتهي ، فالملك الجديد امتداد للملك القديم ، ولهذا لا يشترط قبوله . ولو رده لا يرتد ، والذي يثبت فيه الملك بهذا السبب هو المال الباقي بعد تجيز الميت . وسداد ديونه ، وتنفيذ وصاياه ، وعلى هذا تكون الخلافة في ملك الباقي فقط ، وليست خلافة في كل شيء ؛ فلا يزم الوارث بسداد دين الميت من ماله الخاص إذا لم تف تركته بذلك لأن الإرث مشروع للتملك لا للتفريم ، ولو جعلناه سبباً للقرامة لكان فيه إجبار الشخص على ما يضره ، ولا يعرف لذلك نظير في تشريع من التشريعات بخلاف الإجبار على ما ينفع فانه معقول إذا لم يكن فيه منة من أحد .

وتنقسم فانياً إلى أسباب منشئة للملكية ، وأخرى نافذة لها .

فالمنشئة للملكية : هو الاستيلاء على المباح ، فانه يثبتها بعد أن لم تكن لان المال المباح قبل الاستيلاء عليه لا يوصف بالملوكية .

ويدخل في هذا السبب الاستيلاء على الفنائم الحربية ، لان أموال المحاربين تعتبر مباحة ، حيث إن المال المباح هو الذي لم يدخل في ملك مجرمه الشارع ، ولم يوجد مسا يمنح شرعاً من ملكه ، وملك هؤلاء الأعداء غير محترم في نظر الاسلام في حالة الحرب^(١) .

(١) هذا عند الشافعي ، لأنه يرى أنه مال مباح يملك بالاستيلاء عليه ، ولذلك يثبت للملك عنده في الفنائم في دار الحرب للفزاة بمجرد الانتصار والاستيلاء عليها ، وينعكس الخلفية الى =

والناقل للملكية : هي العقود والخلفية ، فان هذين لا يثبت بهما ملك الشخص إلا إذا كان المال الذي ورد عليه العقد أو الميراث مملوكاً من قبل ، فالمال المباح لا يكون عللاً لعقد من العقود ، كما لا يكون ميراثاً لأحد ، فلو باع شخص مالاً مباحاً قبل أن يستولي عليه ويحوزه كان هذا العقد لاغياً ، وكذلك لو وهبه أو جمعه مهرأ في عقد زواج ، أو تصدق أو أوصى به ، أو وقفه .

ومن هنا اعتبر الفقهاء أول أسباب الملك وجوداً هو الاستيلاء على المباح ، ثم لما ثبت الملك بالاستيلاء جاء بعده النقل بطريق المقد أو الميراث .

وتقسم ثالثاً إلى أسباب فعلية تتحقق بالفعل فقط ، وأخرى قولية تتحقق بالقول أو ما في معناه ، وثالثة تتحقق من غير أن يكون للمالك دخل فيها .

فالاستيلاء سبب فعلي لا يتحقق إلا بالفعل ، ولهذا صح من عديم الأهلية وناقصها ، فالصبي ولو كان غير مميز والمجور عليه ، وفاقد الأهلية كالمجنون إذا استولوا على المال المباح استيلاء حقيقياً ملكوه ، مع أن العقود الصادرة منهم قد

= أنها لا تملك إلا بالأحرار بدار الإسلام فالاستيلاء وحده لا يكفي ، لأنه انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك . ولم يوجد ههنا لأن ملك الكفار قائم حيث ثبت لهم بسبب من الأسباب ، والملك الثابت للانسان لا يزول الا بازالته أو بخروج المل من أن يكون منتقلاً به حقيقة للهلاك أو بهجز المالك عن الانتفاع به دفماً للتناقض فيها شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك ما دامت الأموال موجودة في دار الحرب ، لاحتمال استرداد الكفار لها ومع وجود الاحتمال لا تقطع بثبوت الملك للمسلمين . لأنه لا قطع مع الاحتمال ولا ينقطع الاحتمال إلا بالأحرار بدار الإسلام .

ولأنه لو ثبت الملك فيها بنفس الأخذ والاستيلاء لاشتغلوا بالقسمة وتنازع كل واحد الى احرار نصيبه بدار الإسلام ، فيرجع اليها فتفرق جميعهم ، وفيه خوف قوجه الشر اليهم من الكفار فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الإسلام لهذه الضرورة ، ولذلك فرقوا بين الفنائم والأمنال . فقالوا : ان الأمنال تلك بمجرد الاستيلاء عليها لأنها أخذت بغير قتال ، ولا ضرورة لتأخير الملك عن وجود سببه هنا بخلاف الفنائم فإن الضرورة قائمة فتأخر الملك الى وجود الترسط واجمع البدائع ج ٧ ص ١٢١ وما بعدها .

تكون غير صحيحة ، وقد توقف على إرادة أخرى .

والعقد سبب قولي في غالب صورته ، لأن الأصل فيه أن يكون بالقول ، وقد يتحقق بالفعل نيابة عن القول كما في الإشارة والكتابة وغيرها .

ومن هنا اشترط في إثباته الملك أن يكون العقد أهلاً له ^(١) .

والمراث يثبت الملك من غير فعل ولا قول من الوارث ولا من المورث . فهو سبب اعتباري جعله الشارع موجباً للملك في بعض الحالات من غير أن يكون لأحد دخل فيه ، ولذلك يثبت للصغير والكبير ، والمميز وغير المميز على حد سواء ، بل يثبت للجنين قبل ولادته .

ولقد عد بعض الفقهاء المعاصرين من أسباب الملك سبباً جديداً ، هو التولد من الماء المملوك .

ومعنى إذا أمعنا النظر فيما يتولد من المال المملوك وجدناه لا يعدو أن يكون ثمرة من ثمرات الملك كالنقمة الحاصلة منه ، ومن خواص الملك التام أن يكون المال بمنافعه وثمراته ملكاً لصاحبه لا يشاركه فيها أحد ، فيكون ملك ما تولد ثابتاً بالسبب الأول الذي ثبت به الملك في أصله ، فمن ملك حيواناً بعقد أو بإرث فإنه يملك ذاته وما ينتج منه في المستقبل ، لأن النتائج حين وجوده يكون كالجزء المنفصل ، فلا يحتاج إلى سبب جديد .

والقانون المدني جعل أسباب كسب الملكية سبعة : (١) الاستيلاء على مال ليس له مالك (٢) الميراث وتصفية التركة (٣) الوصية (٤) الالتصاق ^(٢) (٥)

(١) راجع الفرق الخامس والثلاثين بين قاعدة الأسباب الفعلية وقاعدة الأسباب القولية من الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٠٣ .

(٢) والالتصاق قد يكون في المقار طبيعياً ، وقد يكون بفعل المياه وقد يكون بفعل الانسان بإنشائه مبان على الأرض في ملكه أو في ملك غيره ، وقد يكون في المال المتقول – المواد من ٩١٨ - ٩٣٩ .

العقد (٦) الشفعة (٧) الحيازة .

وهي في مجلتها تتفق مع أسبابه عند الفقهاء ، وليس بينها تخالف إلا في الالتصاق الذي لم يعرض له الفقهاء في هذا الموضع ، والحيازة التي هي وضع اليد على مال مملوك للغير ، وتقدم العقد عليه ^(١) .

فإن هذا التقدم يسقط ملك الأول ويثبت الملك الثاني وهو واضح اليد في نظر القانون ، بينما لا يفيد شيئاً من ذلك في نظر الشريعة ، فلا يزول ملك الأول ، ولا يثبت الملك الثاني ، وغاية ما يفيد هو منع سماع الدعوى عند الإنكار . .

فلو وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ، وطال عليه الزمن ، ثم جاء صاحبه وطالب واضح اليد به فإن أقر من هو في يده بذلك الحق قضى به لملكه ، وإن أنكر . فإن كانت المدة طويلة ، ولم يكن هناك عذر يمنع من المطالبة به في الزمن الماضي لا تسمع هذه الدعوى ، وإن لم تكن طويلة سمعت دعواه .

وإنما منعوا من سماع الدعوى في حالة التقدم ، لأن العرف يكذب أمثال هذه الدعاوى

يقول ابن القيم في الطريق الحكيمة ^(٢) : إن من الدعاوى دعوى يقضي العرف بكذبها ، ومثالها :

أن يكون رجلاً حائزاً لدار متصرفاً فيها السنين المديدة الطويلة بالبناء والخدم والاجارة والعمارة ، وينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضراً يراه ويشاهد أفعاله طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر

(١) أصل هذا السبب كان في التشريع الروماني ، ثم انحدر إلى التشريعات الأوروبية ومنها أخذته القانون المصري .

(٢) ص ٧٨ وما بعدها .

ان له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان ، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والضمير بينهم ، بل كان عرياً عن جميع ذلك ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويزعّم أنها له ، ويريد أن يقيم بذلك بينة ، فدعواه غير مسموعة أصلاً فضلاً عن بينته ، وتبقى الدار بيد حائزها ، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتفتيها العادة ، فانها مرفوضة غير مسموعة .

هذا هو حكم القضاء ، وأما حكم الديانة فلا يحل لوضاع اليد الانتفاع بهذا المال بأي وجه ، ويجب عليه رده إلى صاحبه .

ولقد حدد الفقهاء المدة الطويلة - السحي لا تسمع بعدها الدعوى بالإجتihad ، فقبل هي ثلاثون سنة . وقبل ثلاث وثلاثون . وقبل ست وثلاثون .

وقد جعلها القانون خمس عشرة سنة فيما عدا الوقف والإرث ، فإنها فيها ثلاث وثلاثون سنة . كما جاء في لائحة المحاكم الشرعية بالمادة - ٣٧٥ ونصها : « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التي مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعي في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف ، فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي له وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة » .

وإنما قدرها بهذا القدر ليكون متفقاً مع تحديد القانون المدني المدة التي تكسب الملكية فقد جعلها خمس عشرة سنة دون انقطاع في غير الأموال الموقوفة وحقوق الإرث حيث جعلها فيها ثلاثاً وثلاثين سنة ، وقبل تمام هذه المدة لا تثبت الملكية للحائز فتسمع دعوى الغير^(١) .

(١) جاء ذلك مبيناً في المراد ٩٦٨ ، ٩٦٩ ، ٩٧٠ من القانون المدني الجديد ونصها :
٩٦٨ م « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو حاز حقا عينيا منقولاً »

هذا إجمال لأسباب الملك التام ، وهو يحتاج إلى شيء من التوضيح ، وسنقتصر في هذا الموضع على بيان السبب الأول ، وهو الاستيلاء على المباح ، وأما بيان العقود فسيأتي في الكلام على نظرية العقد ، وأما الخلفية فبيانها يكون في مقرر دراسي آخر غير هذا المقرر

الاستيلاء على المباح

الاستيلاء على المباح يتنوع تمعاً لتنوع الأموال المباحة ، لأن المباح قد يكون أرضاً جرداء ، أو سمكاً في ماء ، أو طيراً في هواء ، أو حيوانات في غابة أو صحراء ، وقد يكون نباتاً أو شجراً على ظهر الأرض ، أو معادن وكنوزاً في باطنها ، كما أن أحكامها تختلف من جهة توقف الملك في بعضها على إذن ولي الأمر وعدم توقفه في بعضها الآخر ، ووجوب حق للدولة في بعض الأنواع ، وعدم وجوب شيء في باقيها . لذلك اقتضى الأمر تقسيمه إلى أربعة أنواع :

- ١ - إحياء الأرض الموات . ٢ - الاستيلاء على المعادن والكنوز .
- ٣ - الصيد . ٤ - الاستيلاء على الكلاً والأجسام .

إحياء الأرض الموات

الأرض إذا كانت غير منتفع بها إما لانقطاع الماء عنها ، أو لغلبته عليها أو

= أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمر حيالته لمعدون انقطاع خمس عشرة سنة ٤ .

م ٩٦٩ - إذا أوقعت الحيابة على العقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب خمس سنوات .

م ٩٧٠ - في جميع الأحوال لا يكسب الاموال الموقوفة ولا حقوق الارث إلا إذا دامت الحيابة مدة ثلاث وثلاثين سنة ٥ .

لفساد طبيعتها لكونها سبعة ، أو كثيرة الحصى ، أو غير ذلك من الأسباب التي تمنع من الانتفاع بها تسمى مواتاً تشبهاً لها بالحيوان التي بطلت منافعه بموته ، والقرآن مصرح بوصف الأرض بالموت في آيات كثيرة ^(١) .

وأما إذا كان ينتفع بها بغير الزراعة بأن جعلت مرفقاً للناس ينتفعون بها كأن تكون موضع إلقاء القمامات أو توضع فيها الأتربة ، أو مرعى للماشية ، أو محتطباً أو مسيلاً ، أو غير ذلك فلا تعتبر مواتاً .

فالأرض الموات إذا : هي ما كانت غير منتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع . لكن ذلك لا يكفي لكونها مباحة تملك بالإحياء ، بل يشترط وراء ذلك شروط بعضها محل اتفاق الفقهاء ، وبعضها موضع خلاف .

فما اتفقوا عليه : ألا تكون مملوكة ^(٢) لأحد ، فإذا كانت الأرض مملوكة لشخص وتركها لسبب من الأسباب كبئت تهدم ولم يستطع بناءه ، أو أرض ساء استغلالها فأصبحت لا تنتج شيئاً . فتركها لها لا يجعلها مباحة ، بل يبقى ملكه قائماً ، وتورث عنه إذا مات ما دام معروفاً .

ومن المتفق عليه أيضاً : أن تكون خارجة عن العمران ، فإذا كانت داخل العمران فلا تعتبر مواتاً حتى ولو كانت غير منتفع بها بأي مرفق من المرافق . ومن الشروط المختلفة فيها : كون هذه الأرض بعيدة عن العمران . شرط

(١) منها قوله تعالى « وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » البقرة - ١٦٤ .

وقوله « الله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » النحل - ٦٥ .

وقوله « وينزل من السماء ماء فيحيي به الأرض بعد موتها » الروم - ٢٤ .

وقوله « وما أنزل الله من السماء من رزق فأحيا به الأرض بعد موتها » الجاثية - ٥ .

(٢) المراد بغير المملوكة : الأرض التي لم تدخل في ملك أحد في الإسلام ولو كان نبي .

ذلك أبو يوسف من الحنفية ، ووافقه الإمام أحمد بن حنبل ، وخالف محمد بن الحسن في ذلك . وقال : إن الأرض الموات التي لا ينتفع بها الناس تملك بالإحياء وإن كانت قريبة من العمران ، وهو ظاهر الرواية في مذهب الحنفية ، ووافقه الشافعي في ذلك ، وعلى هذا تكون الأرض المجاورة للبدن التي لا ينتفع بها الناس بالفعل مواتاً على هذا الرأي . فالمعتبر هو الانتفاع بالفعل وعدمه ولا تكون مواتاً على الرأي الأول . لأن أصحابنا نظروا إلى أن الأرض القريبة من العمران هي حق للناس كلهم ، وهي صالحة لانتفاعهم بها في وقت من الأوقات فالمعتبر عندهم هو مظنة الانتفاع ، ويتحقق ذلك بالقرب ^(١) .

ثم إن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد انبعاث .

فمنهم من حدده بمقدار معين ، ومنهم من فوضه إلى العرف وهو أوجه ، لأن التحديد تقدير ، وهو لا يعرف إلا بالنص فإذا لم يوجد يترك للعرف .

وبعد هذا تعرف الأرض الموات التي تملك بالإحياء . بأنها الأرض غير المنتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع الخارجة عن العمران البعيدة عنه وليست ملوكة لأحد .

بم يكون الأحياء ؟

والأحياء يكون يجعلها صالحة للانتفاع بها بإزالة السبب المانع من الانتفاع ، فإذا كان سبب مواتها انقطاع مائها يكون إحياءها بجر الماء إليها كحفر ترعة توصل إليها الماء . أو حفر بئر فيها ، وإذا كان السبب غمر الماء لها يكون إحياءها بتجفيف الماء وبناء السدود حولها حتى لا يغطي عليها الماء مرة

(١) أنظر أحكام العائلات للإستاذ علي الحليفي .

أخرى ، وإذا كان فساد تربتها يكون الإحياء بمرثتها ورحها وإصلاح هذه
التربة الفاسدة .

وإذا كانت الأرض تراد للبناء يكون إحيائها ببناء سور عليها ، وتقسيمها
لتكون معدة للبناء عليها ، وهكذا في كل نوع بما يناسبه .

وروي عن الإمام أحمد أن الإحياء يكون بما تعارفه الناس إحياء ، ولا
يشترط في تحقيقه نوع خاص من الإصلاح .

وهذه الرواية هي الأقرب إلى قواعد الشريعة ، لأن الرسول صلى الله عليه
وسلم علق الملك على الإحياء ، ولم يحدده بفعل من الأفعال وما دام العرف هو
صاحب السلطان في هذا لمحتكم إليه ، ولا شك أن العرف في مثل ذلك يختلف
باختلاف الأزمنة والأمكنة ، فقد يعد الفعل إحياء في زمن ، أو في مكان بينما
لا يعد إحياء في غيره .

وقد اتفق الفقهاء على أن الإحياء لا بد وأن يكون بفعل يجعلها منتفعاً بها ؛
فلا فعل المستولي عليها فعلاً لا يجعلها منتفعاً بها كأن سورها يوضع الأحجار
حولها ، أو وضع علامات تثبت سبق يده إليها ، أو قطع ما بها من حشائش ،
أو تنقية ما بها من أشواك ، ثم تركها على ذلك لا يكون فعله إحياء ، بل يسمى
في عرف الفقهاء بالتحجير ، وسمي بذلك إما لأنهم كانوا يضعون الأحجار حولها
وإما لأنه بفعله هذا قد حجر على غيره إصلاحها .

أثر هذا التحجير : ولا يثبت بهذا التحجير ملك ، بل يجعل صاحبه أولى
بأحيائها من غيره ، وينتظر عليه مدة ثلاث سنين ، فإن أحيائها فيها ملكها ،
وإلا أخذت منه وأعطيت لغيره ، لأنه يتبين في هذه الحالة أنه عاجز عن إحيائها
أو تمتعت في فعله ، ومثل هذا يكون تضييماً للمصالح على نفسه وعلى غيره .

وأما تحديد مدة الانتظار بثلاث سنين فيقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه :

« ليس لمحتجبر حق بعد ثلاث سنين » ، قال هذا قضاء في خضومة (١) رفعت إليه .

هذا ما اتفق عليه الفقهاء في هذا الموضع ، وهو أنه يهل مدة ثلاث سنوات ، ثم تؤخذ منه جبراً عنه إذا لم يقم بإحيائها ، ولكنهم اختلفوا في مدى الحق الثابت في هذه المدة ، أيبكون مانعاً للغير مطلقاً بحيث لو أحيها غيره في خلال المدة لا يملكها بهذا الإحياء ، أم لا يكون مانعاً للغير ، بل يكون هو صاحب الأولوية في الإحياء فقط ؟ ، رأيان ولكل وجهة .

وبعد ذلك : هل يكون الإحياء وحده سبباً لذلك ولو لم ياذن الإمام ، أو لا بد من الإذن مع الإحياء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك ، فذهب أبو يوسف وعبد الشافعي وأحمد إلى أن الأرض الموات من الأموال المباحة ، وهي لا تحتاج في تمليكها إلى إذن من الإمام فكذلك الأرض الموات ، ولأن الحديث الذي بين الطريق التي تملك بها لم يقيد ذلك بالإذن .

ولفظه كما جاء في صحيح البخاري عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « من أمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » . وفي رواية أخرى : « من أحيأ أرضاً

(١) جاء في نصب الراية ص ٢٩٠ ج ٤ في كتاب أحياء الموات : ان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع نكلاً من جهينة أرضاً فمطلوها وتركوها فأتخذا قوم آخرون فأحيوها ، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب فقال : لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر لم أردعها ولكنهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « من كانت له أرض فمطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره فهو أحق بها » .

والرواية الأخرى رواها أبو يوسف في كتاب الخراج بلفظ : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لمحتجبر حق بعد ثلاث سنين » .

ميتة فهي له وليس لمروق ظالم حق «^(١) ، وفي رواية ثالثة : « الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » .

فهذا الحديث برواياته المختلفة يدل على أن الإحياء وحده كاف في ثبوت الملكية ، ولو كان إذن الإمام لا بد منه لجاء ذلك في رواية من الروايات .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك لا يثبت بمجرد الإحياء بل لا بد من إذن الإمام أو نائبه ، واستدل له بحديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » وأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتراحم الناس عليها فتقع الشحنة بينهم فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام لأنه بما له من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام فلا يأذن إلا بما ليس فيه ضرر .

ونحن إذاً ألقينا نظرة على ما استدل به لكل من الرأيين نجد الحديث الأول « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » صريح في ثبوت الملك بمجرد الإحياء ، فاشتراط إذن الإمام محتاج إلى نص يقيد هذا الحديث بكون مساوياً له ، وحديث « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » لا يساويه لأنه ضعيف^(٢) ، فيبقى الحديث الأول سالماً عن المعارض .

وقولهم في الاستدلال للإمام : إنه قد يتراحم الناس عليها فتقع الشحنة بينهم فتحتاج إلى إذن الإمام لفض هذا النزاع . قولهم هذا لا يصلح أن يكون دليلاً لاشتراط الإذن في كل صورة ، بل يكون اشتراطه عند مظنة النزاع أو وقوعه

(١) سبب هذا الحديث أن رجلاً زرع غلًا في أرض مملوكه لآخر فاختصم إلى النبي صلى الله عليه وسلم ف قضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب التخل أن يخرج غلّه منها . قال الرازي : « فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لتنخل عم » رواه أبو داود والدارقطني . وعم بضم العين وقتعها وتشديد الميم جمع عيمة وهي الطويلة . ومعنى الحديث على هذا : ليس لجنود شجر ظالم حق البقاء في أرض اختصها .

(٢) صرح بذلك صاحب نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية .

بالفعل ، وهذا ما صرح به أبو يوسف : أما أنا فأرى إذا لم يكن ضرر على أحد ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله ﷺ جائز إلى يوم القيامة ، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث « ليس لعرق ظالم حق » .

وبهذا ينتهي الخلاف إلى ترجيح القول بعدم الإشتراط إلا في صورة الضرر أو الخصومة .

وبما ينبغي التنبيه عليه أنه لا يوجد في مصر الآن أرض موات بالمعنى الذي عنها الفقهاء ، لأن أراضيها غير المملوكة للأفراد أو الشركات والموقوفة على حصة للدولة ، ولها وحدها حق تملكها لمن تشاء بمحض أو بغير عوض ^(١) .

٢ - الاستيلاء على الركاك « المعادن والكنوز » .

ألفاظ ثلاثة تذكر في هذا الموضع ركاك ، ومعادن ، وكنوز ، تكلم الفقهاء عن أحكامها ، واختلفوا فيها تبعا لاختلافهم في معانيها ، ولنبداً ببيان معانيها اللغوية أولاً ثم تتبع ذلك ببيان معانيها عند الفقهاء ومنشأ اختلافهم .

الركاك في اللغة ^(٢) جمع ركزة ، وهو ما ركز في باطن الأرض سواء كان يخلق الله كالغازات من الذهب والفضة والحديد والنجاس ، وغيرها التي تعتبر

(١) فائدة ٨٧٤ من القانون الجديد تصرح :

بأن الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة .

وأما : لا يجوز تلك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بإرخيص من الدولة وفقاً للوائح .

(٢) جاء في القاموس في مادة ركز . أن ركزة ثبات العقل ، وواحد الركاك ، وهو ما ركزه .

الله تعالى في المعادن ، أي أحدثه كالركيزة ، ودفن أمل الجعللية ، وقطع الذهب والفضة من المدن .

وفي أساس البلاغة ، والركاك المدن والكنز ومثله في غتار الصحاح .

وفي القاموس في مادة كز . والكنز للمال المنقون ، وقد كثره يكثره ، والذهب والفضة وما

يجرز به من المال ، ومثله في أختار .

جزءاً من الأرض ، أو كان بصنع الناس ، وهي الأشياء التي يدفنها الناس فيها وليست جزءاً منها .

والنوع الأول يسمى معادن مجازاً تسمية للشيء باسم محله ، لأن المعدن في اللغة^(١) منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، أو لإنبات الله عز وجل إياه فيه ، والثاني يسمى كنزاً . فالركاز شامل للمعادن والكنوز .

هذا هو المعنى اللغوي ، ولكن الفقهاء اختلفوا - فمنهم من سار على وفق اللغة وجعل الركاز شاملاً للتوعين . ومنهم من خصص الركاز بالكنز المدفون في الجاهلية فقط . فاللمادن الخلوقة في الأرض لا تسمى ركازاً على هذا الرأي . وكذلك الكنز المدفون بعد ظهور الإسلام .

فالحنفية يذهبون إلى الرأي الأول ، ومعهم بعض فقهاء العراق^(٢) وذهب آخرون . منهم الإمام مالك والشافعي^(٣) إلى أن الركاز هو دفن الجاهلية ، أي ما دفنه أهل الجاهلية فقط ، وأما المعدن فلا يسمى ركازاً في اصطلاحهم .

ويظهر أثر هذا الاختلاف في الاختلاف فيما يجب فيه الحس للدولة مما يوجد في بطن الأرض . فمن قصر الركاز على ما دفنه أهل الجاهلية لم يوجب الحس إلا به ، ومن جمعه شاملاً للتوعين أوجب الحس فيها .

وأياً ما كان هذا الاختلاف فنحن نبين المراد بلفظي المعادن والكنوز وآراء الفقهاء في كونها من الأموال الباطنة ، ولأن يؤول الملك فيها .

(١) في القاموس : والمعدن منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، لإنبات الله عز وجل إياه فيه .

(٢) راجع البدائع ج ٧ ص ٦٥ والبصر الرائق ج ٢ ص ٢٥١ .

(٣) راجع الزملاء بشرح البيهقي ج ٨ ص ١٠٤ ، وشرح الرسالة للنفراوي ج ٢ ص ٤٧ .

أما المعادن : وهي المخوفة في الأرض يوم خلقت سواء كانت صلبة كالحديد والرصاص والذهب والفضة والماس والياقوت والفحم الحجري وغيرها ، أو سائلة كالزئبق والنفط وسائر الزيوت المعدنية ، فاختلف الفقهاء فيها في موضعين :

الأول : هل تعتبر من الأموال المباحة التي تملك بالاستيلاء عليها أولا ؟

الثاني : هل يجب فيها حق للدولة إذا وجدها شخص في أرض ليست بملوكة وما هو هذا الحق ؟ .

أما الموضع الأول : فالفقهاء فيه آراء متشعبة تقتصر منها على رأيين فقط ، فالمالكية في أشهر أقوالهم يرون أن المعادن كلها لا تملك بالاستيلاء عليها كما لا تملك تبعاً للملكية الأرض ، ذلك لأن الأرض في أول أمرها بحد الفتح الإسلامي ملكت للمسلمين باعتبارها مغنومة لهم ، ولما وزعها الإمام على الغنائم ملكوها ظاهراً فقط ، لأن الأرض إنما تقصد للانتفاع بظاهرها بالزراعة أو بالبناء ، ولا تقصد لما فيها من المعادن ، وحينئذ بقي ما كان في باطنها من جميع المعادن على ملك المسلمين عامة ، وهذا النوع مفوض للإمام « ولي الأمر » يتصرف فيه حسبما تقتضي به مصلحة الدولة ، فله أن يستغلها بعماله لصالح الدولة ، وله أن يعطيها للأفراد ، أو للشركات نظير مال أو مجاناً إن كانت المصلحة في ذلك ، وهذا الإقطاع ليس على سبيل التملك ، وإنما على سبيل الانتفاع مدة معينة ، أو طول الحياة ، ولهذا لا تورث ، وهذا الحكم عام فيما كان منها في أرض مملوكة أو غير مملوكة .

وذهب الخنفية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم إلى أن هذه المعادن بجميع أنواعها إن وجدت في أرض مملوكة لشخص أو للحكومة فهي للمالك ، لأنها تابعة للأرض لجزئيتها ، والأرض إذا ملكت يملك بموجب أجزائها ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ، لأنها مباحة تبعاً للأرض ،

وإن كانت في أرض موقوفة كانت تبعاً للوقف، فتكون موقوفة كذلك فتصرف في مصالح الوقف لا للمستحقين لأنها ليست من غلات الأرض .

فيستخلص من هذا أن الفقهاء متفقون على أن المصادن جزء من الأرض لكنهم يختلفون في مساواة هذا الجزء لأجزائها الأخرى ، بحيث يأخذ أحكامها فالملكية يرون أنه جزء منفرد عن أجزائها الأخرى ، فلا يتبسع الأرض في ملكيتها ولا بإاحتها . فالأرض تملك بغيره ، وإذا كانت مباحة لم يكن ما فيها من مصادن مباحاً ، وعلى هذا لا يكون الاستيلاء على المصادن سبباً من أسباب الملكية .

والجمهور ينظرون إليه على أنه جزء كبقية الأجزاء فيأخذ حكمها ملكاً وإباحة ، وعلى ذلك يكون الاستيلاء على المصادن سبباً من أسباب الملك التام إذا كانت في أرض غير مملوكة .

أما الموضوع الثاني ، وهو الحق الذي يجب فيها ، والكلام في هذا مع الغائلين بأنها تملك بالاستيلاء

والخلاف في هذا الموضوع في وجوب الخمس للدولة على من يؤول الملك إليه أو عدم وجوبه ، فقير الحنفية يرون أنه لا يجب فيها الخمس ، بل يجب فيها الزكاة فقط^(١) .

وإنما لم يوجبوا الخمس ، لأن الحديث . أوجب الخمس للدولة في الركاظ دون

(١) وهذا قدر متفق عليه بينهم وقد اختلفوا فيما يجب فيه منها ، فمنهم من قصره على النعم والفضة ، لأن الزكاة شرعت فيها دون بقية المصادن وهم لاشاقبية ، ومنهم من أوجبها في جميع المصادن كالحنابلة ، ولم خلافت فرعية كاشتراط كون المستخرج بلغ نصاب الزكاة وعدمه ، وكاشتراط حولان الحول على ذلك المستخرج في ملك مالكه وعدم اشتراطه .

المعدن والواجبات الشرعية لا تثبت بدون دليل . بل إن الدليل ينادي بأنه لا يجب فيها الخمس ، والحديث هو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « العجاء جبار والمعدن جبار والبئر جبار وفي الركاز الخمس » (١) .

ومعنى جبار عديم ، لا شيء فيه ، ثم إنهم أوجبوا فيها الزكاة بعموم أدلة الزكاة .

والخفية أوجبوا في المصادن الخمس بالحديث السابق ، لأن الركاز عديم يشمل المصادن والكنوز كما هو مقتضى اللفظ ، ثم قالوا : إن معنى جبار هدر لا دية فيه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون الخمس واجباً عديم في كل معدن إلا أنهم

(١) هذا الحديث رواه الجماعة عن أبي هريرة كما في التلخيص يشرح قيل الأوطار ص ١٧٥ ، ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار ص ٨٩ مرسلًا بلفظ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : العجاء جبار ، والقليب جبار ، والمعدن جبار . وفسر محمد بن الحسن هذا الحديث في كتابه الآثار قال : « والجبار الهدر إذا سار الرجل الدابة فقتلت رجلاً أو جوسته فذلك هدر ، والعجاء : الدابة المنقطة ليس لها مائق ولا راكب نطاً رجلاً فقتله فذلك هدر ، والمعدن والقليب : الرجل يستأجر الرجل يحفر بئراً أو معدناً فيسقط فيموت فذلك هدر .

وفي كتاب الخراج ص ٢٢ قال أبو يوسف : وحدثنني عبد الله بن سعيد بن أبي سعيد اللخمي عن جده قال : كان أهل الجملية إذا حطب الرجل في قليب جعلوا القليب عقله ، وإذا قتلته دابة جعلوها عقله ، وإذا قتله معدن جعلوه عقله ، فسال سائل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له : العجاء جبار ، والمعدن جبار ، والبئر جبار ، وفي الركاز الخمس قليل له ، ما الركاز يا رسول الله فقال : الذهب والفضة التي خلقه الله في الأرض يوم خلقت . ويقول الشوكاني في نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٥ في باب جنابة البهيمة عند تفسيره جبار بهدر ، وطلعه أن جنابة البهائم غير مضمونة . ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا قرط مالكة في حفظها حيث يجب عليه الحفظ وذلك في الليل ، وكذلك أسواق المسلمين وطرقهم وعجائهم يدل عليه الحديث الذي رواه الثعالب بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فلو طلت بيد أو رجل فهو ضامن » رواه الدارقطني - اهـ . والمالة مختلف فيها بين الفقهاء .

قصرُوا إِيحابه على نوع منها بعد أن قسموها إلى ثلاثة أنواع :

١ - معادن صلبة تتمدّد بالحرارة قابلة للطرق والسحب تصنع منها الصفائح والأسلاك كالحديد والنحاس والقصدير والذهب والفضة وما شابهها .

٢ - معادن صلبة لا تقبل ذلك كاللاس والياقوت والفيروزج والفحم الحجري وما شابهها .

٣ - معادن سائلة . كالزئبق والنفط « البترول » وجميع الزيوت المعدنية ثم أوجبوا الخمس في النوع الأول دون الآخرين ، ووجهتهم في ذلك أن هذه الأنواع وإن كانت معتبرة كأجزاء الأرض إلا أنها تختلف في هذا المعنى ، فالمعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب ما هي إلا أحجار من جنس الأرض فأشبهت الحجر والطين والتراب ، والمعادن السائلة تشبه الماء ، والحجر والطين والتراب والماء لا يجب فيها شيء فكذلك ما يشبهها .

وأما النوع الأول فلا يشبه شيئاً من أجزاء الأرض فيبقى هو المراد بالركاز في الحديث^(١) . لأن كلمة الركاز ملاحظ في معناها الركز والدفن والذي يعتبر دفيناً مركزاً هو ما لم يكن من جنسها .

والخمس الذي يؤخذ يكون لبست المال « الخزانة العامة » ليصرف في المصالح العامة ، وباقية وهو أربعة أخماسه يكون للواجد إن وجد في أرض غير مملوكة ، ولمالك الأرض إن كان في أرض مملوكة ، وأما النوعان الآخران من المعادن فلها لك الأرض أو للواجد .

(١) وفي هذا يقول أبو يوسف في كتاب الخراج : انما الخمس في الذهب الخالص والفضة الخالصة والحديد والنحاس والرصاص ، ويعد أن بين أنه لا يجب الخمس إلا بعد تصفيته قال ، وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة مثل الياقوت والفيروزج والكحل والكبريت والمفرة فلا خمس في شيء من ذلك ، انما ذلك كهيئة لؤلؤ الطين والتراب . وراجع أيضاً البسوط ج ٢ ص ٢١٣ .

هذا حكم معادن الأرض . وأما معادن البحار ولائها كالعنبر^(١) والمرجان والؤلؤ . فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة^(٢) وعبد بن الحسن وأحمد بن حنبل في أظهر الروايات عنه إلى أنه لا يجب فيها شيء . . وهي ملك لواجدها وأبو يوسف يوجب الخمس في الحلية والمنير لورود الأثر بذلك .

الكنز : وأما الكنز « فهو ما دفنه بنو آدم سواء أكان في الجاهلية أم في الإسلام » « باتفاق الفقهاء » وهو نوعان إسلامي وجاهلي .

فالاسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام ، مثل كلمة الشهادة ، أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة أو ملك مسلم ، أو غير ذلك من علامات الإسلام ، أو دل الدليل على ذلك^(٣)

والجاهلي : هو ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الاسلام كأن وجد عليه صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك من ملوكهم أو غير ذلك من علاماتهم . أو علم بالدليل أنه كذلك .

والمشتببه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، اختلف فيه فقهاء الحنفية ، فالمتقدمون منهم قالوا : إنه جاهلي ، والمتأخرون قالوا : إنه

(١) المنير هو حشيش البحر ، والؤلؤ شيء يخلق في الصدف والصدف حيوان ، والمرجان فسره الواحدي ببطام اللؤلؤ ، وأبو الهيثم بصفارها ، وآخرون بشرز آخر وهو قول ابن مسعود وهو المشهور في عرف الناس ، وقال للطرطوشي : هو عروق حر تطلع من البحر كاصابع الكف هاشم المختار عن تاج العروس .

(٢) راجع البدائع ج ٢ ص ٢٥٣ ، والفتاى لابن قدامة ص ٣٧ ج ٣ ، وشرح رسالة ابن أبي زيد ص ٤٧ ج ٢ .

(٣) وإذا وجد عليه علامة دمي يأخذ حكم الاسلامي فيكون بمثابة القطعة . وراجع رسالة ابن أبي زيد ص ٤٧ ج ٢ . وفيها يقول : لأنه محترق بحرمة الاسلام لدخوله تحت حكم المسلمين

إسلامي لتتقدم العهد بالاسلام فيغلب على الظن أنه دفن بعد الاسلام

وإن وجد كنز مختلط بعض أجزائه عليه علامات الاسلام ، والبعض الآخر عليه علامات الجاهلية فهو إسلامي ، لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه^(١)

هذا هو الحد الفاصل بين الكنز الجاهلي والاسلامي ، ولكل منها أحكام خاصة .

أما الاسلامي : فهو لا يزال على ملك صاحبه ، وليس مالا مباحا ، فلا يخمس بل يأخذ حكم القطة ، وهي المال الضائع الذي يجده شخص غير مالكة ، فيجب تعريفه المدة المقررة^(٢) في الاسلام ، فإن وجد صاحبه ، أو ورثته سلم إليهم . وإلا تصدق به واجده على الفقراء ، ويحل له أن ينتفع به إن كان فقيرا ، هذا رأي الحنفية .

ومن الفقهاء من يرى أنه إذا عرفه واجده المدة المقررة ولم يعثر على صاحبه جاز له أن يملكه وينتفع به ، ومع هذا قالوا : إن صاحبه إن ظهر بعد ذلك وجب رده إليه إن كان موجودا ، أو قيمته إن لم يكن موجودا^(٣) .

(١) نص عليه الامام أحمد كما في الفتن ص ١٨ ج ٣ .

(٢) هذه المدة تختلف باختلاف المال ، فإن كان يسيرا عرفها ثلاثة أيام . وإن كان له قيمة كبيرة عرفها سنة ، وقيل غير ذلك ، ولتعريف يكون في المكان الذي وجدها فيه ، أو في الأماكن العامة كآبار الساجد ، والمدارس وغيرها

(٣) وسبب الاختلاف هو اختلافهم في فهم الأحاديث الواردة في القطة وما في بعضها من زيادات ، فقد روى أحمد وابن ماجه وأبو داود والشافعي عن عياض بن حمار قال رسول الله : من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل أو ليصط غصاصها وركاعها فإن جاء صاحبها فلا يكتم

وأما الجاهلي : فقد اتفق الأئمة على أن خمسة لبيت المال على اختلافهم في بعض التفصيلات .

وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، فإراء الأئمة مختلفة فيه .

فقبل : إنها تكون للواجد سواء كانت الأرض مملوكة أو لا ، لأنه هو الذي أوجده وأظهره .

وقيل : إنها للواجد بشرط أن يكون في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها هو بالأحياء . فإن كان في أرض مملوكة لغيره فلا شيء للواجد بل ولا للمالك الحالي وإنما تكون لأول مالك لها في الإسلام أو ورثته إن عرفوا ، وإلا فلبيت المال ، وذلك لأن المالك الأول ملك الأرض وما فيها بالحيازة . ولما باعها ملك المشتري ظاهرها فقط ، ولم يقصد تملكها ما فيها من كنوز ، فبقي الكنز على ملكه ، كمن اصطاد سمكة وفي جوفها لؤلؤة فإنه يملكها وما في جوفها بخلاف ما إذا اشتراها فإنه لا يملك اللؤلؤة . بل تكون لصاندها ^(١) .

هذا والعلمون المدني اعتبر الكنز ^(٢) مطلقاً قديماً كان أو حديثاً ملكاً للمالك المقار الذي وجد فيه الكنز ، لا فرق بين أن يكون المالك شخصاً أو شركة أو حكومة وليس لواجده شيء ، وهذا إذا لم يعلم له صاحب ، فإذا علم صاحبه

= فهو أحق بها وإن لم يبيعه صاحبه فهو مال الله يؤتيه من يشاء » وحديث زيد بن خالد وقد تقدم برواياته في الكلام على فقه الصحابة . وحديث أبي بن كعب وفيه : « فإن جاء أحد بخبرك بمنتهى وركبها فأعطها إياه وإلا فامتنع بها » .

(١) واسع المبسوط ج ٢ ص ٢١٤ .

(٢) جاء ذلك في المادة - ٨٧٢ - ونصها : ١ - الكنز المدفون أو المخبر الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون للمالك المقار الذي وجد فيه الكنز أو للمالك وقته . ٢ - والكنز الذي يثر عليه في حين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته . ٣ - الحق في صيد البحر والبر والقطعة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

وجب تسليمه اليه ، وإذا كان في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته ، كما نص على أن الحق في الصيد برياً أو بحرياً واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

٣- الصيد : الصيد مصدر صَاد يقول صاد الرجل الحيوان صيداً إذا اقتنصه وأخذه بحيلة ، ويطلق على ما يصاد ، ويجمع على صيود والمصيصة والمصيد آلة الصيد جمعها مصايد .

فالصيد يطلق بإطلاقين :

الأول : على الحيوان أو الطير الممتنع على الإنسان الذي لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، وامتناعه إما لطيرانه في الهواء ، أو لسبحه في الماء ، أو فراره في القلابة ، أو اختفائه في الغابات ، أو تأبده . أي « قوحشه » ، فما دام بهذه الحالة يسمى صيداً سواء كان مأكول اللحم أو لا ، فإذا خرج عن الامتناع بوقوعه في المصيصة لا يسمى صيداً ، كما لا تسمى الحيوانات والطيور المستأنسة صيداً .

والثاني : أخذ ذلك الحيوان وقنصه بحيلة .

هذا الحيوان المسمى صيداً مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا صيد الحرم ، فإنه لا يملك بالاستيلاء عليه ، بل لا يحل الاقدام على اصطياده ^(١) .

وهذا الفعل وهو الاصطياد مباح شرعاً في غير الحرم لغير الحرم . أما الحرم فلا يحل له هذا الفعل .

(١) الحرم دائرة محبودة من الأرض تحيط بالكعبة إذا دخلها الصيد كان آنتاً . لا يحل اصطياده لا من الحرم ولا من الحلال ، فترقتل أحدهما ذلك وجب عليه إرساله ، لأنه غير مباح فلا يملك بالاستيلاء عليه ، بل يجب الجزاء على الحرم .

وقد ورد في القرآن^(١) آيات تحل الصيد وتمنع المحرم منه وتمنع صيد الحرم والصيد يكون سبباً في تلك الصيد . كما يكون سبباً في حل أكله إذا كان من الحيوانات التي تؤكل متى توافرت شروط حله ، كتسمية الله عند إرسال آلة الصيد كلباً أو صقراً أو سلاحاً ، وأن يكون الحيوان الذي يرسله للصيد معلماً بالخ الشروط .

ثم إن الصيد يفيد الملك إذا تحقق به الاستيلاء على الصيد ، وحينئذ لا يجوز لغير الصائد أن يأخذه ، فإن أخذه أجبر على رده للمالك وهو من صاده ، غير أن الاستيلاء نوعان حقيقي وحكمي :

فالحقيقي : يكون بإمساك الصيد باليد ، أو بالاقتراب^(٢) منه وهو في مصيدته التي نصبها الصائد بحيث لو مد يده إليه لأمسكه ، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكاً مستقراً ، ولا يحتاج إلى قصد فلو مد يده ليتناول شيئاً فأمسك صيداً ملكه ، فإذا انفلت الصيد بعد ذلك من صائده لا يخرج عن ملكه فلو صاده غيره لا يملكه ، لأن بعد الاستيلاء الأول صار مالا مملوكاً غير مباح للناس ، وحينئذ يجب رده إلى مالكه الأول إن كان به علامة تدل على ذلك . فإن لم يكن به علامة كان في حكم اللقطة فيجب تعريفه على التفصيل السابق .

(١) قال تعالى في سورة المائدة : « يأبى الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » ، وفيها « وإذا حلقتم فاصطادوا » وفيها : « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم والسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً وانتقوا الله الذي إليه تحشرون » .

(٢) في الفتاوى الهندية لقلا عن الظهيرية . ولو أن صيداً باس بأرض رجل : أو تكس فيها ، وجاء آخر وأخذه فهو له . هذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً عن الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده : أما إذا كان قريباً بحيث لو مد يده أخذه فهو لصاحب الأرض ، وفيها إذا حفر بئراً ولم يقصد الاصطياد وقع الصيد فيها فبها آخر وأخذه . أن ذا صاحب البئر مسن الصيد بحيث لو مد يده لأمسكه لا يملكه الثاني والا فهو لمن أخذه .

والإمام مالك رضي الله عنه يشترط في هدم زوال ملك الأول استئناس الصيد عند صائده الأول ، فإن لم يستأنس عنده وفر زال ملكه ^(١) .

والاستيلاء الحكمي : يكون باستعمال وسيلة لإخراج الصيد عن امتناعه ونهيبته لأن توضع اليد عليه بالفعل أو بالقوة . مثل ما إذا ضربه بسلاح أحدث به جرحاً ينميه من الفرار ، أو وضع شبكة فتعلق بها صيد ، أو حفر بشراً وقع فيها غزال لا يستطيع الخروج منه .

وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك لكنه غير مستقر ، فلو انفلت الصيد من الشبكة أو المصيدة قبل أن يحميها صاحبها رجع إلى حالته الأولى ، وكان مباحاً فلو صاده شخص بعد ذلك ملكه ، أما إذا جاء صاحبها وأخذه بيده ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده إليه أخذه ثم فر بعد ذلك لا يخرج عن ملك الأول ، لأنه استولى عليه استيلاء حقيقياً ، وهو يفيد ملكاً مستقراً .

وإفادته الملك مقيدة بشرطين - ١ - أن يقصد بهذا العمل الصيد - ٢ - أن يكون عمله معجزاً للصيد عن الفرار ، أو لا يحتاج في أخذه إلى استعمال وسيلة أخرى .

فلو أعد شخص بركة لصيد السمك ، وكان فيها ماء كثير لا يمكن أخذ السمك منها إلا ببجيلة كان السمك غير مملوك لصاحبها ، وكذلك لو صد مجرى الماء لبصطاد سمكة ، وكان الماء كثيراً ، أو كان المجرى واسعاً لا يكون مالكا لهذا السمك فلو صاده غيره ملكه . أما إذا كان الماء قليلاً بحيث يستطيع أخذ السمك باليد فلا يجوز للغير أخذه .

هذا هو الأساس الذي يتفرع عليه مسائل الصيد ، وعليه يمكن تخرج أحكام الصور المختلفة .

(١) وهذا أخذ القانون المدني الجديد في المادة ٨٧١ / ٢ .

وإذا أرسل الشخص الصيد بعد استيلائه عليه بإختياره ، فهل يخرج عن ملكه أولاً ؟ للفقيه في هذه المسألة رأيان :

أحدهما : أنه لا يخرج عن ملكه لأن الملك بعد ثبوته لا يزول إلا بسبب فاعل للملكية ، وليس الترك منها ، ولأنه يكون سائبة وقد أبطلها القرآن ، وعلى من أخذه أن يرد مالكة الأول عند طلبه ومع ذلك يحل له أن ينتفع به إلى أن يطلبه منه .

وثانيهما : أنه يزول ملكه ويرجع إلى حالته الأولى قبل الصيد لأن قرب عهده بالإباحة سوغ ذلك ، وقد لا يكون في هذا الصيد فائدة للمستولي عليه الأول بينما يكون غيره في أشد الحاجة إليه .
والقانون المدني في مادته ^(١) - ٨٧١ - يسير مع الرأي الثاني مع شيء من التفصيل .

وهناك أشياء أخرى مباحة مثل الكلاً ، وهو حشائش تثبت من غير إنبات لقرعها الأبل وغيرها . وأحطاب الجبال ، وفواكهها غير المملوكة ، وأحجارها والغابات ، وهي الأشجار المسماة عند الفقهاء بالأجام ، وهي الشجر الملتف إذا نبتت في أرض غير مملوكة فإنها تكون مباحة .

فالفرق بين الكلاً والأجام أن الكلاً هو ما ينبت من الحشائش والأعشاب بغير زرع أحد . وهي في العادة لا تقصد وأن الأجام هي الشجر الملتف أو

(١) ونص هذه المادة :

- ١ - ويصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .
- ٢ - وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ، ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه المادة يرجع لا مالك له .

الغابات ، وهذه قد تثبت وحدها ، وقد تزرع فهي تقصد عادة بخلاف الكلأ فإنه لا يقصد .

وعلى هذا قالوا : إن الكلأ لا يملك وإن نبت في أرض مملوكة . بل هو مال مباح لحديث : « الناس شرباء في ثلاثة ، الماء والكلأ والنار » . وهو مباح بالاتفاق إذا لم يقم صاحب الأرض بسقيه والقيام عليه .

وأما إذا سقاه ففي ظاهر الرواية عند الحنفية لا يكون مملوكاً لصاحب الأرض وحينئذ يباح لكل الناس أخذه ورعيه . وليس له منعه من ذلك فإن منعه من دخول ملكه قيل له : إما أن تبسح لهم الدخول في ملكك أو تخرجه إليهم . هذا إذا لم يحذوا غيره في أرض مباحة ^(١) قريبة من هذه الأرض . فإن وجدوا غيره فلا يحبر على شيء من ذلك .

وفي رواية أخرى إنه يملك تبعاً للأرض ، وجزاء له بيعه ومنع الناس منه لأنه يعتبر محرراً بأحراز الأرض . والمالكية لهم تفصيل قريب من هذا .

أما الأتجام ، فإذا كانت في أرض غير مملوكة فهي مال مباح لا تملك إلا بالأحراز . وليس لأحد منع الناس منها . وإن كانت في أرض مملوكة فهي ملك لأصحابها سواء قام بسقيها أو لا .

والسبب في هذه التفرقة ، أن الأرض لا تقصد عادة لاستنبات الكلأ لا

(١) ولم يجد الفقهاء حداً للقرب ولعلمهم تركوه لما يتعارفه الناس . وإن كان المقدسي يقول : ينبغي أن يجد بالليل كافي التميم . راجع الحجة القمدلية وشرحها .

تقصّد لما فيها من الكلأ . وأما الأجسام فقد تقصّد لأجلها الأرض ، وقد تشترى
لما فيها من أشجار ، أو لما عساه أن ينبت فيها منه ، وإذا كانت الكلأ لا يقصّد
كان باقياً على أصل الإباحة ، أما الأجسام فقد خرجت عن الإباحة بالملك .

وينبغي على هذا أنه لو ملك شخص أرضاً مباحة وفيها كلأ فإنه لا يملكه
بتملك الأرض ، وإنما يملكه باحتشاشه وحده ، وأما إذا كان فيها أشجار فإنه
يملكها بما فيها ، وتخرج عن كونها مباحة .

وبعد هذا ينقسم الملك إلى ملك متميز وآخر غير متميز يعرف في عرف
الفقهاء بالشائع .

المتميز : هو الذي يكون الملك فيه متعلقاً بشيء معين غير غلط بغيره .

والشائع : ^(١) هو الذي يكون متعلقاً بجزء معين من شيء معين كريع دار
ونصف حيوان

والشائع نوعان . مشاع يحتمل القسمة ، وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد
القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة « عينه أو جنسه » .

ومشاع لا يقبل القسمة ^(٢) ، وهو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذي
كان مقصوداً منه قبل القسمة ، سواء أكان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من
غير جنس الأولى أم لا .

فالأول كالخصّة في أرض زراعية أو دار كبيرة ، والثاني كبيت صغير ، أو
حمام أو ثوب أو دابة سواء أكلت بما يؤكل لحمها أو لا .

(١) الشائع والمشاع بمعنى واحد ، والمال المشاع هو المشترك غير المقصود فالسادة ١٣٨ من
المجلد المعدية تنص على أن المشاع ما يحتري على حصص شائعة ، المادة ١٣٩ منها تقول :
« الحصة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك » .

(٢) صاحب جامع الفصولين : فصل أحكام المشاع في بيته وأجارته وأهله ورمته وبنته
وصدقته ووقفه ، وأرجع ج ١ من ٥٩ إلى ٦٥ .

وفي الملك الشائع يكون كل جزء من المال منها كان صغيراً مشتركاً بين الملك فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء .

فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص على السواء كان لكل واحد منهم ثلث أي جزء منها خصباً كان أو حديداً أو حجراً غير متميز عن الآخر والفقهاء وضعوا للشيوخ أحكاماً ، فجمعوا لكل واحد من الشركاء التصرف في المال المشترك بما لا يضر بالآخر ، وعلى هذا جاءت المادة ١٢ - من مرشد الحيران تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » :

وإذا اتفق الشركاء على طريقة الانتفاع بالمال المشترك انتفعوا به على الوجه المتفق عليه ، وإن لم يتفقوا وطلب واحد منهم أو أكثر قسمته قسم بينهم متى كان محتملاً للقسمه ، ويجبر الأبى عليها إذا كان المشترك متحداً الجنس مما لا تفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ، سواء أكان من المثليات كالحبوب والزيت أم من القيميات كالغنم والأفراس والأرض الزراعية والدور الكبيرة .
فإذا اختلفت الأجناس وكانت القسمة تعطي كل شريك جنساً بتمامه كما في الدور المختلفة الموقع والصقع والبناء والسياب المختلفة الأنواع فلا يجبر الأبى عليها ^(١) .

وفي حالة عدم القسمة لعدم إمكانها أو عدم الجبر عليها يحكم بالانتفاع بالمال المشترك بطريق المهايأة الزمنية أو المكانية .

وإذا احتاج المال المشترك إلى إصلاح فإصلاحه على الشركاء بقدر أنصباهم فإذا امتنع بعضهم عن إصلاحه كان على الآخرين رفع الأمر للقضاء ليأمر المنتع بدفع ما عليه ، فإذا قام أحدهم بالإصلاح بدون أمر الآخرين أو إذنت القاضي كان متبرعاً فلا يرجع عليهم بشيء ^(٢) .

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٦٦ وما بعدها ، المجلة المدلية وشرحها للاتامي .

(٢) راجع فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣ .

تنبيه : إذا ثبت الملك بسبب من أسبابه لا ينتقل إلا برضا صاحبه بمقد من العقود الناقلة للملكية ، وهذه العقود أساسها الرضا لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص في حياته على نقل ملكه إلى غيره ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ، ينقل الملك فيها من غير رضا صاحبه لضرورة تدعو إلى ذلك ، وهذه الضرورة إما دفع ضرر خاص يلحق شخصاً آخر يفوق الضرر الذي يلحق صاحب الملك من جبره على نقل ملكه ، وإما دفع ضرر عام ، بتحقيق مصلحة عامة ، والواقع أن هذا الاستثناء صوري لأن ذلك الجبر وإن جاء مخالفاً لقاعدة نقل الملك إلا أنه ينطوي تحت قاعدة أخرى مقررة في الشريعة ، وهي إما ارتكاب أخف الضررين عند تعارضهما أو تقديم المصلحة العامة على الخاصة كذلك عند التعارض

وإليك أمثلة لهذه الحالات الاستثنائية .

الحالة الأولى : إذا ماطل المدين عن دفع ما عليه من الديون ، فقد أجاز صاحبان للقاضي أن ينوب عنه في بيع بعض ماله أو كله بمقدار الديون وإن لم يرض بذلك ، لأن هذا ظلم . والظلم يجب رفعه ، وخالف أبو حنيفة فلم يجوز هذا لأنه اعتبر ذلك نوعاً من الحجر والولاية عليه ، وهو لا يجوز الحجر على المدين ، وإنما يجوز للقاضي حبسه تعزيراً له على هذا الظلم ، ولا يخرج منه من الحبس إلا إذا أدى ما عليه بالطريق الذي يرضاه ، أو يثبت عدم ملكيته لشيء يؤدي منه .

الحالة الثانية : إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام والناس محتاجون إليه . ففي هذه الحالة يبيع القاضي ماله جبراً عنه دفعاً للضرر عن الناس ، ويلحق بذلك التسعير . وهو إلزام أصحاب السلع ببيعها بسعر معين يحدده ولي الأمر ،

فإنهم قد لا يرضون بهذا السعر ، فيكون في ذلك إخراج للسلع من ملكهم بغير رضاهم .

الحالة الثالثة : نزع الملك لأجل المنفعة العامة ، كتوسيع الطرق والجسور وشق الترع وتوسيع المساجد إلى غير ذلك ، فإذا احتيج إلى ملك شخص لمنفعة من هذه المنافع فإن رضى بذلك فيها وإلا كان متعنتاً مؤثراً مصلحة الخاصة على المصلحة العامة ، ومثل هذا لا يلتفت إلى رضاه ، بل يؤخذ جبراً عنه ويعطى قيمته التي يقومها به الخبراء وما دام سيحطي قيمته بما يفوته يسير ، وهو الاحتفاظ بنفس العين ، وفي استطاعته أن يشتري بدلها .

والدليل على ذلك فعل الصحابة رضوان الله عليهم . فلهذا ضاق المسجد الحرام بمكة على الناس في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وكانت دور الصحابة تحيط به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه فاشترى عمر بعضها ، وأبى عليه أصحاب البعض الآخر ، فأخذها جبراً ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ووسع المسجد وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابها^(١).

وروى أنه قال لأصحاب هذه الدور : « إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها ولم تنزل الكعبة عليكم » .

وفي زمن عثمان ضاق المسجد الحرام مرة أخرى ، فلما أراد توسعته رضى البعض وأبى البعض فأخذها قهراً فصيحوا به فاستدعاهم وقال : إنما جبراًكم على حلي ولم أفعل بكم غير ما فعله عمر ولم يصيح به أحد ، ثم أمر بحبسهم فحبسوا إلى أن شفع فيهم عبد الله بن خالد بن أسيد فعفا عنهم .

فهذا العمل المتكرر في عهد خليفتين شاهده الصحابة ، ولم ينكره أحد منهم

١ - راجع حاشية ابن عابدين في كتاب الوقف هند الكلام على ضيق المسجد .

فكان كالإجماع على ذلك :

وإذا ثبت هذا في المسجد فيقاس عليه غيره من المنافع ، لأن المنفعة الذي من أجله أبيع أخذ الملك جبراً لأجل المسجد موجود في غيره ، بل قد يكون أشد في بعض الحالات .

الحالة الرابعة : وهي حق تملك المال المشفوع فيه من مالعه الجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

فلو كان لشخصين دار مشتركة وباع أحد الشريكين نصيبه لأجنبي فإن للشريك الآخر أن يطالب بهذا الجزء ، ويأخذه بما دفعه المشتري سواء رضي بذلك أو لم يرض .

ففي هذه الحالة نجد المشتري الجديد ينزع ملكه جبراً ويمطى الشريك المسمى بالشفيع ، وإنما شرع نزع الملك جبراً في هذه الحالة على خلاف القاعدة فيه لدفع الضرر الذي يلحق الشفيع من ذلك المالك الجديد ، فقد يرضى الشخص بشركة هذا دون ذاك لاختلاف الناس في طبائعهم وأخلاقهم .

ثم إن جماهير الفقهاء لم يثبتوا هذا الحق إلا في العقار وما ألحق به كالمعامل السفل ، أو السفن على رأي البعض ، ولم يثبتوه في المتقاول إلا إذا كان تابعاً للعقار .

وذهب جماعة منهم إلى ثبوته في جميع الأموال لا فرق بين عقار ومتقاول إذا تحقق السبب الموجب له

وقد اتفق الفقهاء على أن سبب الشفعة هو الاتصال بين ملك الشفيع والمال المشفوع فيه ، ولكنهم اختلفوا في تفسير هذا الاتصال حسبما صرح عند كل فريق منهم من النصوص الشرعية ، فجمهور الفقهاء ضيقوا دائرته ، ففسروه بالشركة

في نفس المبيع ، فلا شفعة إلا حيث يوجد الاشتراك في نفس العقار المبيع ، بينما توسع بعض الفقهاء في تفسيره ، فقالوا : إن الاتصال الموجب للشفعة لا يقتصر على الشركة في نفس المبيع ، بل يثبت أيضاً بالشركة في حق من حقوق الارتفاق ، بمعنى أنه إذا ما وجد عقاران يشتركان في شرب واحد ، أو طريق خاص يوصل إليهما وباع أحد المالكين عقاره لأجنبي كان لشريكه في الشرب أو الطريق الخاص حق أخذه بالشفعة ، كما أثبتوه أخيراً بالجوار الملاصق ، فإذا باع شخص عقاره الذي لا شركة فيه لأحد ، ولم يوجد من يشاركه في حق من حقوق الارتفاق كان حق الشفعة للجوار الملاصق مهما كانت الملاصقة ولو بمقدار يسير .

وهذا الحق يثبت للشفيع سواء كان واحداً أو أكثر رجلاً كان أو امرأة صغيراً كان أو كبيراً ، حاضراً أو غائباً مسلماً أو ذمياً . لا يسقطه شيء إلا إعراض صاحبه عنه إعراضاً صريحاً أو ضمنياً كما هو مفصل في كتب الفقه .

ثم بعد تحقق السبب الموجب له لا يثبت هذا الحق إلا إذا توافرت شروط اتفق الفقهاء على بعضها ، واختلفوا في بعضها الآخر ، فلا شفعة بمجرد وجود الاتصال إلا إذا خرج المشفوع فيه خروجاً لازماً من ملك صاحبه بمحض ، وأن يكون العوض مالياً على رأي ، وأن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت البيع ويستمر إلى أن يقضى له بها ، وألا يرضى بهذا الخروج ، وأن يطلب المشفوع فيه كله لا بعضه ، وأن يكون الطلب على كيفية خاصة بينها الفقهاء كما بينوا حكم تصرفات المشتري في المشفوع قبل طلب الشفيع هذا الحق ، وأو زيادة المشفوع فيه أو نقصه في يد المالك الجديد . وغير ذلك مما يتعلق بجميع التفصيلات .

وعمد ثبوت هذا الحق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحاديث كثيرة .

منها ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله أنه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ومنها ما رواه أصحاب السنن عن رسول الله أنه قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقها واحداً » .

وجاء إجماع المسلمين في المصور الثلاثة الأولى من وراء هذه الأحاديث مؤيداً لها ، وإذا أردت معرفة تفصيل هذا الإجمال فارجع إلى كتب الفقه في المذاهب المختلفة ، وإلى كتابنا « نظام المعاملات في الفقه الإسلامي » .

وأنت إذا تأملت تلك الحالات وجدت ما عدا الشفعة حالات غير عادية ، جاءت على خلاف الأصل في تعامل الناس رغم أنها لا تكون إلا في صور نادرة ، ومن هنا لا تصلح مطعنا في أصل القاعدة مع أنها ترجع إلى قاعدة أخرى كما قلنا من قبل .

نظرية العقد

قواعده العامة ومصطلحاته

نظرية العقد متشعبة الأطراف ، وليس من غرضنا في هذا الكتاب الإحاطة بكل جوانبها ، وتفصيل جميع جزئياتها ، وإنما يكفينا منها الإجمال غير المحل الذي يهمنا نقصر على البحوث الآتية .

١ - التعريف بالعقد مع بيان الفرق بينه وبين التصرف والالتزام .

٢ - تكوين العقد ، ويتناول أركانه وشروط انعقاده وصفته ، والإرادة الظاهرة والباطنة وأثر تخالفها ، واقتران الصيغة بالشروط وأثر ذلك في العقد

٣ - محل العقد .

٤ - العاقد . أهليته وعوارضها . ولايته الأصلية والنيابية .

٥ - حكم العقد ، وتقنيات العقود .

٦ - عيوب العقد .

٧ - الخيارات وأثرها في العقود .

١ — التعريف بالعقد

الفرق بينه وبين التصرف والالتزام :

العقد والتصرف والالتزام كلمات ثلاث يرد ذكرها في ثنايا بحوث الفقهاء ويقتلط أمرها أحياناً على بعض القارئین لما بين معانيها من التشابه مسن بمض الوجوه ، وهذا يقتضي ذكر الفرق بينها قبل التعريف بالعقد لنخلص منه إلى بيان معنى العقد في وضوح لاخفاء فيه فنقول :

إن الإنسان المميز يصدر عنه أقوال وأفعال باختياره وإرادته يكون لها اعتبار في نظر الشارع فيرتب عليها نتائج في صالح الشخص نفسه ، أو في صالح غيره . وهي عديدة منوعة .

فمنها ما يتضمن إرادة إنشاء حق لم يكن موجوداً من قبل ، كالوقف ، فإنه حبس لعين من الأعيان المالية لينفق ثمرتها وغلتها على جهة من جهات الخير ، أو يتضمن إسقاط حق من الحقوق الثابتة كإبراء الدائن للمدين بما عليه من الدين فإنه أسقط بفعله هذا حق المطالبة والمقاضاة الذي كان ثابتاً له بسبب شغل ذمة المدين ، وكالتنازل عن حقه في الشفعة ، أو يتضمن إنهاء حق ثابت كما في الطلاق ، فإن الزوج ينهي به ما كان لكل من الزوجين على الآخر من الحقوق المترتبة على عقد الزواج .

ومنها ما يكون خالياً من ذلك كالإقرار بحق من الحقوق ، فإنه اعتراف

بشوت حق وليس إنشاء له على الرأي الراجع، واليمين والدعوى على الغير، كما أن منها ما يكون مستقلاً بالفرض الذي من أجله صدر كالأمثلة السابقة، ومنها ما لا يكون مستقلاً بذلك، بل لا بد من انضمام فعل من شخص آخر ليتحقق ذلك الفرض كقول الشخص لغيره: يمتلك هذا الشيء بمائة، فإنه من غير انضمام قول المخاطب قبلت لا يترتب عليه النتيجة المقصودة.

هذه الأمور وغيرها تسمى تصرفاً لا فرق فيها بين الأفعال والأقوال المستقلة بإفادة الفرض وغير المستقلة، وسواء كانت النتائج مفيدة له، أو غير مفيدة له كما في السرقة، أو القتل والغذف، فإن نتيجة ذلك عقاب مؤلم لمن صدر منه.

ويلاحظ من عرض الأمثلة السابقة أن التصرف قد لا يكون فيه التزام بحق كالدعوى التي يدعيها الشخص على غيره، وقد يكون فيه التزام. إما بإنشاء الحق، كما في الوقف، والبيع والهبة، أو بإسقاطه كما في الإبراء من الدين، والتنازل عن حقه في الشفعة، أو بإنهائه كما في الطلاق.

وعلى هذا يكون الالتزام نوعاً من التصرف، بمعنى أن التصرف أعم وأوسع دائرة من الالتزام، فكل التزام تصرف ولا عكس.

وحينئذ يعرف التصرف بأنه: ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب عليه الشاوع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا.

ويمعرف الالتزام بأنه: كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه، سواء أكان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال، والإبراء. أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال، ولكن

ما مرتبة العقد بين التصرف والالتزام ، أهو مرادف لواحد منها أم هو
أخص منها ؟

المتبوع لكلام الفقهاء في تفصيلات العقود المختلفة يخدم غنطين في إطلاق
كلمة العقد . فبينما يتوسع فيه بعضهم فيستعمله في كل التزام إذ يقصره آخرون على
نوع خاص من الالتزام . وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والاجارة
والرهن وما شابه ذلك .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن العقد أخص من التصرف ، لأن
من التصرف أشياء لا تتفق ومعنى العقد في كثير ولا قليل .

ولعل هذا الاختلاف راجع إلى الاستعمال اللغوي لكلمة العقد ، فإنه يطلق
في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء والربط بينها ، يقال : عقد الحبل إذا جمع
أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى الربط
بين الكلامين في الاتفاقات التبادلية ، فإن فيه ربطاً ولكنه غير حسي ،
ويطلق ويراد به أحكام الشيء وتقويته ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى
العهد واليمين ، فإن اليمين يقوى عزم الحالف على فعل المحلوف عليه أو تركه ،
وكذلك العهد يحكم الصلة بين المتعاقدين ويقويها .

فمن توسع من الفقهاء في إطلاق لفظة العقد نظر إلى أن كل التزام لا يخلو
من عهد ، والعهد عقد في لغة العرب .

ومن قصره على ما كان من شخصين نظر إلى المعنى الأول ، وهو الجمع
والربط وهذا لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما
بالآخر ، فمن هذا نرى أن العقد عند الفقهاء له معنيان .

أحدهما أخص من الآخر . فيطلق على الالتزام مطلقاً سواء كان من طرفين

أو من طرف واحد ، ويطلق على الالتزام من طرفين فقط ، والأول يختلف فيه ، والثاني متفق عليه ، وتعريفه بالمعنى الأعم هو تعريف الالتزام السابق .

أما تعريفه بالمعنى الأخص : فهو ارتباط ^(١) إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

والمراد من الإيجاب والقبول ، كل ما يصدر من المتماقين دالاً على إرادتهما سواء كان كلاماً أو ما يقوم مقام الكلام من الأفعال أو الكتابة أو الإشارة .

والربط بينها لا يوجد إلا إذا توافرت شروط سنذكرها قريباً ، والتقيد بكونه على وجه مشروع النخ ، ليخرج الارتباط على غير هذا الوجه ، كما إذا قال شخص لآخر : أجرتك على قتل فلان بكذا من المال ، أو على إتلاف زراعته ، أو سرقة ماله ، ويقول الآخر قبلت ، وكما إذا قال شخص لآخر زوجتك فلانة لامرأة محرمة عليه ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن هذا غير مشروع ولا يظهر له أثر في محل العقد ، والتقيد بكونه يثبت أثره في محله ليخرج ما إذا وجد ارتباط بين كلاً من لا يظهر له أثر ، كما إذا كانت وارثة مشتركة بين شخصين مناصفة فباع كل منهما نصيبه لصاحبه بماله ، فإن هذا الكلام لا يفيد شيئاً ولا أثر له .

والعقد في عرف القانونيين ^(٢) هو : توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني

(١) في كلام بعض الفقهاء ما يفيد أن العقد ليس هو الارتباط فقط ، بل هو مجموع الأمور الثلاثة الإيجاب والقبول والارتباط بينهما ، وفي كلام آخرين ما يفيد أنه ارتباط أجزاء التصرف الشرعي . راجع رد المحتار لابن عابدين ص ٢٦١ ج ٢ باب النكاح والدور ص ٣٢٦ ج ١ باب النكاح أيضاً ، وفتح القدير والبحر الرائق في باب البيع .

(٢) الوسيط للاستاذ السهوري ص ١٣٨ .

من إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله أو إنهائه . فإنشاء التزام كالبيع والإجارة ونقله كالحالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للدين ، وإنهاءه كالإبراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذي كان محدداً لها ^(١) .

وبالمقارنة بين التعريفين نجد بينهما تقارباً ، إلا أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم من تعريف القانونيين من ناحية أن الإرادة أمر خفي لا يقف عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام ، أو فعل ، أو إشارة فبمجرد توافق الإرادتين من غير صدور ما يدل على هذا التوافق لا تستطيع المحكم بوجود العقد ، فكان الأولى تعريفه بما يدل على توافق الإرادتين كما عرفه الفقهاء بذلك .

ولعل السر في هذا يرجع إلى أن الأصل المأخوذ منه القانون المدني هو القانون الفرنسي ، وهذا الأخير يعتبر الأساس في إنشاء العقود الإرادة الباطنة ولا اعتداد عنده بالإرادة الظاهرة إلا إذا كانت موافقة للباطنة ، فإن خالفتهما ألغيت ، وعد العقد باطلاً .

ولكن القانون المدني الجديد قد خطا خطوات نحو الإرادة الظاهرة فنجده

(١) الدكتور عبد الحى حجازي في كتابه (النظرية العامة للالتزامات) يقول في ص ١٩ : أن الشراح يفرقون بين الاتفاق والمقد (فيقولون : ان الاتفاق أعم من المقد ، فيمرون الاتفاق (بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه) أما المقد فيعرفونه (بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله) .

وبذلك يكون المقد أضخم من الاتفاق ، فكل عقد يعتبر اتفاقاً وليس كل اتفاق يعد عقداً ، ثم يقول : ان هذه التفرقة لم تكن ذات أهمية عملية إلا أنها منطقية وما دام الكلام على العقد باعتباره مصدر التزام فلا يلتفت إليه إلا من ناحية كونه منشأ للالتزام ، وأخيراً عرف المقد في ص ٢١ : بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي .

مثلاً . في المادة ٧٩ - يقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون في ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » وسيأتي زيادة توضيح لهذا .

هذا هو معنى العقد في اصطلاح الفقهاء والقانون ، والكلام عليه منشعب الأطراف ، فمن بيان لأركانه وتكوينه ، إلى تفصيل لشروطه ، وتوضيح لحكمه وتقسيماته إلى بيان الميوب التي تلحقه ، وما يثبت فيه من الخيارات وإليك بيان ذلك .

٢ - تكوين العقد وإنشاؤه

أركان العقد : الركن معناه في اللغة الجانب القوي للشيء الذي عليه اعتياده كأركان البيت ، وهي زواياه التي يرتكز عليها .

ومعناه في الاصطلاح الشرعي . هو ما به قوام الشيء الذي لا يتحقق ولا يوجد إلا به .

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد في الخارج إلا إذا وجد عاقد وصيغة التي هي «الإيجاب والقبول» وعمل يرد عليه هذا الإيجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه .

ولكنهم اختلفوا في جعل هذه الأمور كلها أركاناً للعقد .

فالحنفية يذهبون إلى أن أركان العقد هي الإيجاب والقبول فقط ، وأما ما عدا ذلك من المحل والماقدين فهي لوازم ، لأنه يلزم من وجود إيجاب أن يكون هناك موجب ، وهو أحد طرفي العقد ، وكذلك القبول يلزمه وجود قابل ، وهو الطرف الآخر ووجودهما مرتبطين لا يكون إلا إذا وجد عمل يظهر فيه هذا الارتباط .

وغير الحنفية^(١) يقولون : إن هذه كلها أركان ، وأياً ما كان هذا الاختلاف

«١» راجع مواهب الجليل ص ٤١٩ ج ٣ ، وشرح الرسالة ص ٢٣٩ ج ٢ باب البيوع ، ونهاية المحتاج ص ١٢ ج ٣ ، وأركانها أربعة : موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة ، وفي باب الشفعة ص ١٤٢ ، وفي ٣٤٠ ج ٣ في الجمالة يقول: وأركانها أربعة صيغة ومتعاقدان وعمل ودعوى .

وكونه مبنياً على الخلاف في تعريف الركن عند الفريقين أو غير مبني عليه فهو خلاف قليل الفائدة ، وليس وراه ثمة . لهذا سنطويه ونشرع في بيان معنى الإيجاب والقبول .

معنى الإيجاب والقبول : الإيجاب معناه في اللغة ، الالتزام والاثبات ، وفي الاصطلاح الشرعي . هو ما يذكر أولاً من كلام المتعاقدين ، أو ما يقوم مقام كلامها الدال على الرضا سواء وقع من البائع . أو من المشتري ، وبعبارة أخرى سواء وقع من المملك أو من التملك .

والقبول لغة مأخوذ من قبلت العقد أقبله قبولاً بالفتح ، والضم لغة حكاهما ابن الأعرابي ، كما ، « في المصباح » ، وفي الاصطلاح : هو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانياً الواقع جواباً للأول ، ولذا سمي قبولاً^(١) .

وسمي الأول بالإيجاب ، لأنه أوجد الالتزام ، وسمى الثاني قبولاً ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام وما جاء في القول الثاني من التزام بالنسبة للعقد الثاني كان نتيجة لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام .

فإذا قال شخص لآخر : بعثك هذا الكتاب بعشرين قرشاً ، فإنه تضمن التزام القائل بخروج الكتاب من ملكه ، وإلزام المخاطب بالثمن ، فإذا قبل الآخر هذا الإيجاب يكون قد التزم بدفع الثمن ، وهو الالتزام الذي تضمنه الإيجاب .

١ راجع البصر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ في باب البيع ، وفي فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ الإيجاب هو اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً سواء وقع من البائع أو من المشتري ، والقبول هو الفعل الثاني ، والا فكل منهما إيجاب ، أي اثبات ، فسمي الثاني بالقبول تمييزاً له

هذا هو معنى الايجاب والقبول عند الحنفية .

وذهب غيرهم إلى أن الايجاب هو ما صدر من يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً ، والقبول ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً ، فإذا قال المشتري : اشتريت منك هذا الشيء بثمان قدره كذا وقال البائع بعته لك بهذا الثمن فإن البيع ينقذ ويكون الايجاب هو ما صدر من البائع لأنه المملك ، ويكون ما صدر من المشتري قبولاً وإن صدر أولاً .

شروط الانعقاد : وإذا كان العقد هو الارتباط بين الايجاب والقبول فهذا الارتباط لا يكفي في ثبوته مجرد صدور العبارة ، أو ما يقوم مقامها من العاقدين ، بل لابد مع ذلك من توافق شروط في كل من العاقدين والمحل ، ونفس الصيغة « الايجاب والقبول » ونحن نجعلها فيما يلي .

١ - أن يكون كل من العاقدين أهلاً للعقد . وهذه الأهلية تتحقق بالتمييز .

وعلى هذا يكون عقد غير المميز كالمجنون ، والصبي الذي لم يصل إلى درجة التمييز باطلا ، لأن عبارته ملفاة لا اعتداد بها في نظر الشارع ، وهذا الحكم شامل لجميع العقود .

٢ - أن يعلم كل من العاقدين ما صدر عن الآخر ، بأن يسمع كلامه أو يقرأ ما كتبه ويفهمه ، أو يرى فعله أو إشارته ، ويعرف مراده منها .

فإن اختل ذلك لم يتحقق العقد . كما إذا تكلم شخص بما يفيد الايجاب فأجابته الآخر بلفظة لا يفهمها ، أو بكلام غير مسموع ثم انفض المجلس من غير أن يعرف حقيقة جوابه ، أو تكلم قائم بكلمة تشبه الايجاب ، فأجاب شخص بجوابه بما يفيد القبول ، وأمثال ذلك كثير .

٣ - أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فلا ينمقد ببيع ما ليس بمال كلحم الميتة ، وكذلك ببيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير إذا باعها المسلم ، ومثل هذا زواج المحرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، أو رهن ما يتسارع إليه التلف ، كالخضروات والفواكه غير المجففة ، لأن حكم الرهن شرعاً هو الحبس حتى يستوفي الدين ، ومثل هذه الأشياء لا تبقى عادة ، فلا تكون قابلة لحكمه .

٤ - أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين لأنها يعبران عن إرادتهما الباطنية ، فإذا كان في دلالتها خفاء لم يتحقق الربط بينهما ، وهذا الوضع يتحقق بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لفة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ، لأن العقود تختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها ، فلذا لم يعرف يعين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامها بأحكامه الخاصة به ، ولا يلزم في هذا الدلالة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يستوى في ذلك الدلالة الحقيقية والمجازية . فينمقد البيع بلفظ الهبة عند اقترانه بالثمن ، كأن يقول وهبتك هذا بكذا ، كما ينمقد الزواج بلفظ الهبة إذا قرن بالمهر ، لأن ذكر الثمن في الأول ، والمهر في الثاني قرينة على أنه أراد البيع والزواج .

٥ - أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، لأنه جواب له وتتحقق الموافقة باتحاد موضوع العقد سواء كانت الموافقة حقيقية ، أو ضمنية ، كما إذا كانت مخالفة القبول فيها خير للموجب ، مثل أن تقول المرأة : زوجتك نفسى بمائة فيقول لها : قبلت الزواج بمائة وخمسين ، فإن التوافق موجود ضمناً ، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة ، وهذه المخالفة خير للموجب هنا وهو المرأة ، لأن من رضى أن تزوج نفسها بمائة لا ترفض التزوج بأكثر منها ففي هذه الصور ينمقد العقد لكنه لا يلزم إلا بمائة ، وأما الزيادة فموقوفة على قبول المرأة لها في المجلس ، فإن قبلتها لزمته ، وإن لم تقبلها لا تلزمه ، لأن

الأموال لا تدخل في ملك الشخص من غير اختياره إلا في الميراث ، ومثل ذلك إذا قال الشخص لآخر : بعتك هذا بخمسين ، فأجاب به بقوله قبلته بسبعين ، ولو كان الأمر بالعكس لا ينمقد ، لأن المخالفة ليست في مصلحة الموجب .

ثم إن صور المخالفة التي لا ينمقد معها العقد كثيرة منها إذا قبل البيع في غير ما عينه البائع ، أو قبل في بعض ما أوجب فيه الموجب جملة . كأن يقول له : بعت لك هذه الدار وما فيها من منقولات بألف ، فقال الآخر : قبلت شراء الدار وحدها بشئائمائة ، أما إذا عين لكل منهما ثمنًا . كأن يقول له : بعت لك هذه الدار وما فيها من منقولات . بألف الدار بشئائمائة ، والمنقولات بآئتين . فقبل القابل الدار وحدها بثمنها أو المنقولات وحدها بثمنها صح ذلك وانمقد العقد . لأن توزيع الثمن عليهما دليل على رضاه بتفريق الصفقة بخلاف الصورة الأولى .

وفي هذا يقول صاحب البدائع^(١) : أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينمقد من غير إيجاب مبتدأ موافق^(٢) .

٦ - اتصال القبول بالإيجاب ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم يختلفون في المراد بالاتصال ، فمن الفقهاء كالشافعية كما جاء في نهاية المحتاج من يقول : إن المراد به كون القبول فور الإيجاب ، فإذا توسط بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعراضاً عن العقد - لا يتحقق الاتصال فينتفي انمقد العقد .

ذلك لأن القبول جواب عما في الإيجاب من إلزام والتزام ، فلا بد أن يكون

(١) - ١٣٦ ج ٥

عقبه حتى يلتقي معه ، فإذا تراخى انتفى التلاقي ، لأن الإيجاب ينتهي بمجرد صدورهِ من صاحبه ، وهذا هو مقتضى القياس .

وزهد الجمهور « الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) » إلى أن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس ، وليس المراد باتحاد المجلس ككون المتعاقدين في مكان^(٢) واحد لأنه قد يكون أحدهما في مكان غير مكان الآخر ، كالتعاقدين بواسطة المسرة « الهاتف » أو بالمراسلة ، وإنما المراد به الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد مما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فافصل أجنبي يعتبر إبطاءً للإيجاب ، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول أو اعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد ، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه مهما طال الوقت وانقضى العقد .

وطى هذا يكون مجلس التعاقد بالمسرة هو زمن الاتصال ، فما دامت المهادنة في شأن البيع قائمة اعتبر المجلس قائماً ، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهياً .

(١) في بعض كتب المالكية ما يفيد أنه إذا لم يفصل بين القبول والإيجاب ما يدل على الاعراض عرفاً التحق القبول بالإيجاب وتم العقد بينها ، وأنه لا يضر تراخي القبول عن الإيجاب ما دام حصل القبول في المجلس . راجع مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤٠ ج ٤ .
وفي بعضها ما يفيد اشتراط الفورية . ففي شرح الرسالة في باب النكاح ص ١٥٢ ج ٢ « ولا بد من الفورية بين الإيجاب والقبول ، فلا يجوز الفصل بينها بغير الخطبة لساورتها بخلاف الترتيب بين الإيجاب والقبول فإنه لا يشترط » اهـ المقصود منه .

(٢) يرى بعض الفقهاء أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ، وعلى هذا قالوا ؛ ولا ينقصد بين ماشيين أو راكبين شيء يستطيمان إيقاقه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان فمكان القبول غير مكان الإيجاب ، فلا يحصل التلاقي بينهما ، وأما إذا كانا يركبان شيئاً لا يمكن إيقاقه كالسفينة مثلاً فإنه يعتبر المجلس واحداً ؛ راجع البدائع ، وفتح القدير ، والبحر الرائق وتيسير الحقائق باب البيع .

والمجلس في التعاقد بواسطة إرسال رسول ، أو خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة أو الخطاب ، واللفهاء كلام كثير في هل يتقيد المرسل إليه بمجلس التبليغ بحيث لو لم يقبل فيه اعتبر الإيجاب منتهياً ، أو يبقى الإيجاب ما بقي الخطاب معه ، وفي هل يملك الرسول أن يحدد إيجاباً غير الملغى أولاً ؟ لسنا بحاجة إلى ذكره هنا .

ولما لم يشترط هؤلاء الفورية كما شرطها الشافعية لدفع الحرج عن الناس ، لأن من وجه إليه الإيجاب قد يفاجأ به ، فإما أن يرفض فوراً فتفوت الصفة عليه إذا كانت نافعة ، وإما أن يقبل فوراً فيكون الضرر إذا كانت خاسرة .

لهذا كان من المستحسن إعطاؤه مهلة يتروى فيها ، وقدرت بمدة المجلس ، لأنه جامع للمتفرقات ، وهي كافية للتروي ، على أنه لو جعلناها أكثر من ذلك وليس هناك ما يحددها بزمن معين لجاز امتدادها أبداً كثيرة حتى يتم القابل مشورته ، وفي هذا إلحاق الضرر بالموجب ، لأنه يكون حجراً عليه في التصرف فإذاً يكون التعديد بمدة المجلس توسطاً بين الأمرين . الفورية ، والامتداد من غير تحديد ، وفيه مراعاة للطرفين ، ودفع الضرر عنها بقدر الإمكان .

وعلى هذا لو تبدل المجلس لم ينمقد العقد ، لأن الإيجاب عرض ينتهي بمجرد الانتهاء منه ، لكن الشارع اعتبره باقياً ما دام المجلس قائماً ، فإذا انقضى المجلس زال ذلك الاعتبار ويحكم بانعدام الإيجاب ، فإذا جاء قبول بعد هذا لا يحد إيجاباً يرتبط به ^(١) .

(١) القانون المدني موافق لرأى الجمهور وهو أنه لا يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب . بل يكفي اتحاد مجلس العقد . فالفقرة الثانية من المادة ٩٤ تنص على أنه يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد ، ويقول الأستاذ السنيهوري في وسيطه عند شرح هذه المادة : إن القانون أخذ هذا من المذهب الحنفي ، وبعد أن أبان المراد من مجلس =

وبما ينبغي ملاحظته هنا أن اتصال القبول بالإيجاب ، أو اتحاد المجلس .

شروط في جميع العقود ما عدا ثلاثة ، الوصية والإيصاء والوكالة ، فإنه لا يشترط فيها ذلك الاتحاد .

فالوصية يكون الإيجاب فيها في حياة الموصي ، والقبول بعد وفاته ، وعلى هذا لو قبل الوصية ، أو ردها في حياة الموصي لا يلتفت إلى ذلك ، لأن التملك فيها مضاف إلى ما بعد الموت فالقبول قبل هذا الوقت يكون لنفواه ، ويجب إعادته بعد وفاة الموصي .

والقبول في الإيصاء « وهو جعل الغير وصياً على أولاده لميرعى شئونهم بعد وفاته » لا يلزم أن يكون في مجلس الإيجاب ؛ بل يصح أن يكون في غير هذا المجلس . في حياة الموصي أو بعد وفاته ؛ ولكنه إذا قبل في حياته لا يكون وصياً إلا بعد وفاته .

والوكالة مبنية على التوسعة واليسر فيصح قبولها في مجلس آخر . ولذلك يصح توكيل النائب ولا يشترط فيها القبول باللفظ ؛ بل يكفي في القبول أن يشرع في فعل ما وكل به ، أو عدم الرد على رأي .

تلك هي الشروط اللازمة لانعقاد العقد . وقد رأيت أنها موزعة بين العاقد والمحل والصيغة ، فالأول والثاني يرجعان إلى العاقد ، والثالث يشترط في المحل والثلاثة الأخيرة ترجع إلى الصيغة ، ومع هذا التوزيع لا بد من اجتماعها ، فإن

-
- = المقعد قال : فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يصح مترائياً بشرطين :
- ١ - أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالعقد ، فإذا انصرف أي واحد منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انقضى وسقط الإيجاب .
- ٢ - أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبى فيها مجلس العقد قائماً .

اختل واحد منها لا يوجد ارتباط بين القبول والإيجاب ، وبالتالي لا يوجد عقد ، وإذا توافرت وجد العقد . لكنه قد يكون مميباً فلا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا توافر فيه نوع آخر من الشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط الصحة ، وهي تختلف باختلاف العقود .

هذا هو اصطلاح الحنفية في تكوين العقد ، فالعقد إذا وجد عندهم قد يكون سليماً من الميوب فتترتب عليه الآثار ، وقد لا يكون خالياً منها فلا تترتب عليه آثاره .

وأما غير الحنفية فلا يعتبر للعقد موجوداً عندهم إلا إذا كان سليماً من الميوب . فالعقد الميب لا وجود له شرعاً في نظرهم ، وعلى ذلك تكون كل الشروط مشترطة لوجود العقد أو لانقاده .

وهذا الخلاف مبني على الخلاف بينهم في حقيقة « الرضا والاختيار » هل هما شيء واحد ، أو متغايران ؟ وسيأتي بيان ذلك . كذلك الخلاف في وجود مرتبة في العقود بين الصحة والبطلان تسمى بالفساد . وسيأتي توضيح ذلك أيضاً .

تغيير المجلس : وما يتصل بهذا الموضوع خيار المجلس وهو أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان .

ووقته المحدد له هو مجلس العقد كما يدل عليه اسمه .

أثبت هذا الخيار الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل ، لكنهما لم يثبتاه في كل العقود^(١) بل في نوع منها فقط . وهي العقود اللازمة من الجانبين القابلة

(١) راجع المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٧٤ وما بعدها .

للفسخ . كعقود المعاوضات المالية مثل البيع ، والهبة بشرط العوض والإجارة
وصلح المعارضة ، لأن الدليل المثبت له ورد في عقد البيع ، ويقاس عليه ما هو
في معناه من عقود المعاوضات .

وأما العقود غير اللازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ، والعقود
اللازمة من جانب واحد ، كالرهن . والكفالة ، فهذه ليس فيها خيار مجلس
لإمكان فسخها في أي وقت .

وكذلك العقود اللازمة غير القابلة للفسخ من الجانبين ، أو من جانب واحد
كالزواج والخلع ، والطلاق على مال ، فهذه أيضاً لا يدخلها خيار المجلس ،
لأن آثارها مترتبة عليها بمجرد صدورهما ، ولا يمكن تأخيرها ، ولأنها ليست
في حاجة إلى هذا الخيار ، لأنها لا تتم غالباً إلا بعد روية وإعمال فكر ، وخيار
المجلس مشروع لتدارك الغبن الذي يلحق أحد المتعاقدين من قبوله فور الإيجاب
من غير روية .

وأما الحنفية والمالكية فلم يثبتوا هذا الخيار في أي عقد من العقود .

والذاهبون إلى إثبات خيار المجلس يستدلون بحديث ورد في ذلك وهو ما
رواه عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو
يقول أحدهما لصاحبه أخيه^(١) فهذا صريح في أن المتعاقدين الذين تم بينهما البيع

(١) هذه إحدى روايات الحديث ، وقد روي بروايات أخرى ، ففي الصحيحين عن ثعلب عن
ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا
إلا ببيع الخيار » وفي لفظ آخر : « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا
وكان جميعاً أو يغير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع فان تفرقا بعد أن تباعا ولم
يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » وفي لفظ النسائي : المتبايعان بالخيار اللخ . راجع
نصب الرأية ص ١ ج ٤ وراجع قيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٦ وما بعدها وفيه غير حديث ابن

لا يلزمها القصد قبل التفرق ، وقضية ذلك أن يثبت لها الخيار في فسخه ، وهو المراد بخيار المجلس . وهذا المعنى هو التبادر من الحديث ، لأن راويه وهو ابن عمر^(١) فهمه على هذا الوجه ، وهو من فقهاء الصحابة المجتهدين ، فلقد روى عنه أنه كان إذا باع وأراد أن ينقد البيع سار خطوات ثم رجع ، وإذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه ثم مشى قليلاً ورجع .

روى البخاري عنه أنه قال : بعث من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخير ، فلما تباعنا رجعت على عقي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادي البيع ، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا ، وهذا دليل على أن بقاء المجلس مانع من لزوم القصد .

والحديث وإن كان وارداً في البيع إلا أنه ثبت حكمه في كل ما هو في

عمر حديث رواه حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو قال حتى يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما عفت بركة بيعهما ، والمراد بالصدق والبيان صدق كل واحد منهما في بيان الميوب التي في سلمته ومقدار الثمن الج ؟ ومعنى البركة تلحق المدلس فقط .

(١) في المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٩ رد لذلك خلاسته ، أن هذا الحديث روي برواية أخرى وهي « البيع والابتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله » رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وحسن الترمذي قال : والمراد بقوله خشية أن يستقبله « فسخ التادم منهما للبيع لا الإقالة المروقة ، والمعنى لا يحل لأحد المتبايعين أن يفارق صاحبه بعد البيع خشية أن يختار فسخه في المجلس ، وما روى عن ابن عمر يدل على أنه لم يبلغه ذلك عن النبي ، ولو بلغه ما فعله ، ومتى صحت الرواية لا يلتفت إلى قول أحد أو فعله .

وهذه الرواية التي يمتنها ابن قدامة مروية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده راجع المتن بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٩ وقد بسط الشوكاني آراء الفقهاء في هذه السألة ومناقشتهم فيها فارجع إليها إن شئت في هذا الوضع .

معنى البيع من عقود المعاوضات للمعنى الذي من أجله ثبت في البيع ، وهو التروي .

وإذا كان هذا هو معنى الحديث المتبادر منه فتفسيره بغير ذلك لا يقبل ، كتفسير المخالفين له : بأن المراد هنا المتساومان ، لأن حل الحديث على هذا يخرج به عن أن يكون مقيداً حكماً ، لأن كون المتساومين بالخيار لا يحتاج إلى دليل يثبت به .

وليس يلزم عند هؤلاء أن يكون الخيار في كل صورة ، بل لو قال أحد المتبايعين للآخر بعد تمام العقد : اختر الآن ، فاختار لزوم العقد في الحال بطل خيار المجلس . ولو بقيا زمناً طويلاً في مجلس العقد ، كما جاء في بعض روايات هذا الحديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » .

والذين لم يثبتوا خيار المجلس يقولون : إن هذا الخيار مناف للعادة والالتزامات والعقود . فإن الله أمر بالوفاء بالعقود بقوله سبحانه : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، ولا شك أن صدور الإيجاب والقبول مرتبطان في إثبات العقد ، فيكون ما موراً بالوفاء به ، والخيار مناف لذلك ^(١) لأن أساس العقود إنما هو التراضي من الجانبين ، وقد ثبت التراضي بصدور ما يدل عليه وهو الإيجاب والقبول : فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

(١) ويقول الشاطبي في موافاة: إن مالكا رد هذا الحديث لما رآه قاعدة الضرر والمبالاة القطعية ، لأن المجلس ليس له حد معروف ولا أمر معمول به فيه لجهة مدته ولو شرط أحد الخيار مدة جهولة لبطل ذلك الشرط إجماعاً ، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطاً بالشرع فقد رجع إلى أصل عنده . أن الحديث يرد لما رآه الأصول القطعية . لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظني .

ثم أولوا حديث الخيار : بأن المراد بالمتبايعين المتساومان قبل العقد ،
ومعوا الخيار فيه خيار القبول ، وخيار الرجوع .

ويحاج عن هذا . بأن الحديث صريح في شرعية الخيار ، وهو لا يتنافى
مع وجوب الوفاء بالعقد ، لأن المراد بالعقد في الآية العقود اللازمة ، وهي
ما كانت خالية من الخيارات ، ثم ماذا يقولون في البيع الذي فيه شرط الخيار ،
هل يمتنع على من له الشرط أن يفسخ العقد ؟ ، فإن قالوا : إن ذلك ورد به
نص . قيل لهم ، وهذا كذلك ، والحديث صحيح مشهور رواه أصحاب
الكتب الستة ، وأما قضية التراضي فإن هذا الخيار مشروع ليكون
التراضي تاماً .

وتأويلهم للحديث غير مستساغ ، لأنه يحمله عدم الفائدة كما قدمنا .

هل الإيجاب وحده ملازم لصاحبه ؟ : إذا كان انعقاد العقد يتوقف على
وجود الإيجاب والقبول ، وتوافر الشروط السابقة فلا يكون لوجود الإيجاب
وحده أثر في إنشاء العقد ، ولكن هل يكون ملازماً لصاحبه الذي صدر منه ،
فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يعرف رأي من وجه إليه أولاً ؟ .

يرى جمهور علماء المالكية أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه ، فإذا
صدر منه كان ملازماً لصاحبه لا يبطل إلا بإعراض الآخر عنه ، أو بانتهاء
الجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه ، كأن يقول الموجب : أنا على إيجائي
مدة كذا من الزمان ، أو يقول : بمتك كذا بكذا على أن لك حق القبول في
مدة اسبوع مثلاً .

ووجهتهم في ذلك : أن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول
والتملك . فله أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ، ويقبل ما عرض عليه ، وله
أن يتنازل عنه ويرفضه ، وحينئذ يكون الموجب مقيداً في تصرفه حتى يتنازل

الآخر عن حقه ، وعلى هذا لا يكون الرجوع مبطلا للإيجاب^(١)

وذهب الجمهور أصحاب المذاهب الثلاثة وبعض المالكية إلى أن الموجب له حق الرجوع قبل قبول الطرف الآخر ، لأنه لم ينشئ التزاماً مطلقاً ، بل مفيداً بقبول الطرف الآخر ، ومطلقاً عليه ، فما دام لم يتحقق الشرط وهو القبول لم يكن هناك التزام ، بل مجرد عرض لا يكون فيه حق ثابت للآخر ، لأنه مفيد ببقاء رضاه به ، على أن ملكه ثابت . وحقه في التمسك به أقوى من حق غيره ، وإذا كان الأمر كذلك فإن رجوعه يكون إبطالاً لإيجابه السابق^(٢) .

مبطلات الإيجاب : يبطل الإيجاب بأمور :

١ - الرجوع عنه قبل القبول في المجلس عند الجمهور كما عرفنا ، ومثل الرجوع الصريح في هذا إذا أوجب إيجاباً فانياً ، كما إذا قال : بعت لك هذا بمائة ، ثم قال قبل قبول الآخر : بعتي بمائة وعشرين ، فإن الإيجاب الثاني يعتبر إعراضاً عن الإيجاب الأول وإبطالاً له .

٢ - رفضه ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه ، لأنه موجه إليه ليقبله ، أو يرفضه ، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان إبطالاً له

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤١ ج ٤ .

(٢) وفي هذا يقول صاحب البدائع من الحنفية : وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين يمد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللاخر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر . لما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اليمين بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما » والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول ، وخيار الرجوع ، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز) له ج ٥ ص ١٣٤ .

٣ - انتهاء^(١) مجلس العقد بالاتفاق ، لأن الإيجاب اعتبر موجوداً مسافاً
المجلس قائماً . فلما انتهى زال ذلك الاعتبار .

ويلاحظ أن انتهاء المجلس يبطل الإيجاب عند المالكية بشرط ألا يكون
الموجب قد قيد نفسه ، بمدة أكثر من المجلس ، كأن يقول : أنا على إيجابى مدة
يومين مثلاً ، لأن هذا التقييد ملازم له ، ويكون للطرف الآخر أن يقبل في هذه
المدة ، وحينئذ لا يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس .

٤ - خروج الموجب عن أهليته بالموت ، أو بالجنون قبل قبول الآخر فإذا
جاء قبول بعد ذلك لم يحد إيجاباً يرتبط به ، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر
اعتباري ، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لأحتان رجوعه لو
بقي على أهليته ، ولمدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد ، ومثل ذلك زوال
أهلية من وجه إليه الإيجاب ، لأن الإيجاب لا يعمل وحده بدون القبول ،
وبزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغو الإيجاب .

• - هلاك المبيع المعين بالإشارة ونحوها قبل القبول ، وكذلك تغيره تغيراً
يصيره شيئاً آخر^(٢) .

«١» هذا المبطل قد يكون من الموجب إذا أتى بشيء ينهي المجلس ، وقد يكون من
الوجه إليه فهو أمر مشترك بينهما بخلاف الأول فإنه يكون من الموجب ، والثاني فإنه يكون
من الوجه إليه .

«٢» التشريع الوضعي عرض لذلك في المواد ٩٢، ٩٣، ٩٤ من القانون المدني الجديد .

والذي يؤخذ من مجموعها ومن الشروح ، أن الإيجاب نوعان : ملازم . وهو الذي عين الموجب
فيه وقتاً للقبول ، لأنه بذلك يكون قد التزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد ، وكذلك
إذا لم يعين ميعاداً ، ولكن طبيعة المعاملة تقتضي الميعاد . كما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها
تحت شرط التجربة ، فإن طبيعة هذا التعامل تقتضي أن الموجب مرتبط بإيجابه طوال مدة
التجربة .

المباراة الواحدة وأثرها في إنشاء التصرف « الالتزام والعقد »

قدمنا أن التصرف هو ما يصدر من الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج ، وأنه أنواع ثلاثة .

١ - ما صدر من شخصين متضماً لإنشاء التزام من الجانبين ، وهو العقد بالمعنى الأخص .

= وهذا الإيجاب لا يبطل إلا بأحد أمرين :

١ - إذا رفضه من وجب إليه الإيجاب سواء كان الرفض صريحاً أو ضمناً .

٢ - إذا انتهت المدة المحددة للقبول ، ولم يوجد فيها قبول .

وهو في هذا متفق مع رأي المالكية .

وإيجاب غير ملازم ، وهو الذي لم يحدد فيه وقت للقبول ، وهذا يبطل أيضاً بأحد أمرين :

إذا عدل الموجب عنه قبل انقضاء مجلس العقد .

٣ - انقضاء المجلس ، وهذا كما ترى متفق مع مذهب الجمهور .

ثم إن القبول الصادر بعد بطلان الإيجاب في الصور السابقة يكون إيجاباً جديداً لا يعد إيجاباً قبله يرتبط به فيعتبر ابتداء عقد ، فإذا التحق به قبول من الطرف الآخر تم العقد وإلا أخذ حكم الإيجاب السابق ، وهذا هو المقرر عند الفقهاء .

وأما فقدان الأهلية فلا يؤثر في إيجاب ولا قبول بالإبطال ، فإذا جن الموجب أو مات بقى إيجابه قائماً ، ويموز لمن رجه إليه أن يقبله بعد ذلك فإذا كان الإيجاب ملازماً تم العقد وترتب عليه أثره بمجرد أن يعام للورقة . « في حالة الموت » أو القيم « في حالة الجنون » بقبول الطرف الآخر .

وإذا لم يكن الإيجاب ملازماً لا يتم العقد ، لأن القبول الذي صدر بعد ذلك لا يعمل عمله إلا إذا علمه الموجب ، وهو هنا لا يتصور منه العلم ، بخلاف ما إذا كان الذي فقد الأهلية هو القابل بعد قبوله ، لأن القبول لا يبطل بفقدان الأهلية ، ويظهر أثره باتصاله بعلم من رجه إليه وهو للموجب وأهليته باقية ، واجمع الوسيط للاحتاذ السنهوري ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

ب - ما صدر من شخص واحد وتضمن إرادة إنشاء حق أو إسقاطه ، أو إنهائه ، وهو المسمى بالالتزام باتفاق الفقهاء ، وقد يسمى عقداً عند فريق منهم .

ج - ما صدر من شخص واحد ولم يتضمن إرادة شيء من ذلك ، وهذا لا يسمى عقداً ولا التزاماً بل تصرفاً فقط .

ولا نزاع بين الفقهاء في أن العبارة الواحدة تنشئ النوع الثالث ، وهو التصرف المجرد عن الالتزام ، وأمثال ذلك كثير في الفقه الإسلامي .

فالإقرار بمجرد صدوره من المقر يوجد ويترتب عليه أوه ، ولا يحتاج إلى شيء آخر ، والإقرار ليس إنشاء لحق ، وإنما هو اعتراف بشئته في الماضي . والدعوى توجد عندما يوجد اللفظ الدال عليها من المدعى ، وكذلك الإنكار والنفذ .

كما لا نزاع بينهم في تأثير العبارة الواحدة في إنشاء النوع الثاني ، وهو الالتزام من جانب واحد الذي يسميه بعض الفقهاء عقداً وحيد الطرف . ولا يحتاج في إنشائه إلى شيء آخر .

فالوقف يوجد بمجرد صدور العبارة السليمة من الواقف ، ولا يتوقف على قبول من الموقوف عليهم ، والوصية كذلك توجد بمباراة الموصى ، ولا يتوقف وجودها شرعاً على قبول من الموصى له ، وإنما القبول شرط للزومها في حقه ، أو لدخول الموصى به في ملكه .

ومثلها الطلاق المجرد عن المال ، فإنه إنهاء لحق الزوجية ، وبمجرد صدور العبارة الدالة عليه من الزوج يوجد ، ولا يتوقف على إرادة أخرى .

وكذلك إسقاط الحقوق ، كالتنازل عن حق الشفعة ، فمجرد أن يقول الشفيع : تنازلت عن حقي ، أو أسقطت حقي يسقط ذلك الحق : ولا يتوقف على عبارة أخرى .

وأما العقد بالمعنى الأخص المتفق عليه ، وهو ما كان التزاماً من شخصين فالقهاء مختلفون في تأثير العبارة الواحدة في إنشائه ما بين مانع لذلك ، ومجيز له ، والمجيز ما بين مضيق وموسع .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن الأصل في هذا النوع هو تلاقى إرادتين من شخصين يدل عليها عبارتان ، هما في الاصطلاح ، إيجاب من طرف ، وقبول من طرف آخر ، وأن النتائج المترتبة عليه مختلفة بالنسبة لكل من الطرفين ، وحينئذ نستطيع القول بأن حقيقة الخلاف في هذا الموضع هي : هل العبارة الواحدة من الشخص الواحد يمكن أن تنوب عن العبارتين من

الشخصين وتؤدي الغرض المقصود منها وهو إنشاء العقد أولاً ؟

هنا وفي هذا الموضع نجد للفقهاء مذاهب ثلاثة :

المذهب الأول : المنع مطلقاً . وإليه ذهب زفر من الحنفية ، والإمام الشافعي تمسكاً بالأصل السابق موضحين هذا : بأن العقد تترتب عليه آثار مختلفة وأحكام متباينة بالنسبة إلى كل من العاقلين ، فهذا مملك وذاك ممتلك ، وهذا ملازم بشيء ، وذاك ملازم به ، وأحدهما مطالب بتسليم شيء ، والآخر مطالب بتسليمه ، وهذا يقتضي وجود عبارتين من شخصين يتوزع بينهما أحكام العقد .

وهذا المذهب يقرر ذلك بالنسبة لجميع العقود حتى عقد الزواج الذي اتفق المذهبان الثاني والثالث على صحة إنشائه بعبارة واحدة ، لأن المانع السابق موجود فيه ، ولأنه ورد فيه بخصوصه نص يمنع من صحته ، وهو حديث « كل

نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح ، خاطب وولى وشاهدا عدل^(١) .

غير أن الامام الشافعي استثنى بعض صور . منها صورة^(٢) من عقد الزواج صحح فيها العقد بعبارة واحدة من شخص واحد ، وهي ما إذا زوج الجسد حفيديه أحدهما للآخر ، بأن يزوج بنت ابنه المتوفى لابن ابنه المتوفى كذلك إذا كان في زواجها مصلحة .

والسبب في هذا الاستثناء ، هو أنه لم يثبت ولاية الاجبار في الزواج إلا للأب والجد الصحيح .

ولما كانت عبارة الصغير ملفاة لا تعتبر أباح ذلك لأجل ضرورة وجود ولى واحد ، وعدم صحة التوكيل من الصغيرين ومحافظة على مصلحتها .

المذهب الشافعي . وهو التفصيل بين عقود المعاوضات المالية ، وعقد الزواج فمنع في الأول ، وأجاز في الثاني ، وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحبه ، ووجهتهم في هذا التفريق : أن حقوق العقد في الزواج ترجع إلى الزوج والزوجة ، والمقولي للعقد سفير ومعبّر عنها فقط ، فعبارته قائمة مقام المعبّرين ، وأما في عقود المعاوضات الأخرى فالحقوق فيها ترجع إلى متولي العقد ، وهو العاقد نفسه ، وهذا مانع من إنشائه بعبارة واحدة من شخص واحد ، لأن الحقوق متباعدة ،

(١) هذا الحديث رواه البيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً ، وفي إسناده للغيرة بن موسى البصري : قال البخاري منكر الحديث ، ورواه الدارقطني بسند عن عائشة بلفظ « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » وفي إسناده أبو الغضيب ناقص بن ميسرة وهو مجهول . وهكذا يكون الحديث مطعوناً فيه فلا يحتج به . راجع نيل الأوطار ص ١٠٨ ج ٦ :

(٢) للشافعية مسائل أخرى مستثناة من هذا الأصل منها : أنه يجوز للأب والجد أن يرهنّا ما لهما موليها إذا كان له دين عليهما وبالعكس . وفي هذه المسألة يتولّى الأب أو الجد طرفي عقد الرهن . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٣٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٣

فلا بد من عاقدين لتتوزع تلك الحقوق عليها ، ومع هذا الفرق فقد استثنوا من عقود الماوضات بعض صور قليلة استحصانا على خلاف القياس كبيع الأب أو وصيه أو الجدد مال الصبي الذي في ولايته من نفسه ، أو شرائه منه ، وكذلك بيع الأب مال أحد ولديه الصغيرين الآخر ، وعللوا هذا الاستثناء : بأن الحاجة الملحة تقتضي إجراء هذه العقود من شخص واحد لعدم صحة التوكيل من هؤلاء الصغار ، فلو منع ذلك لتمطلت مصالحهم ، كما أن وفور الشفقة عند هؤلاء وحرصهم على مصلحة الصغار مانع من قصد إلحاق الضرر بهم ^(١) .

ولهذا المعنى أيضاً جوزوا للقاضي في بعض الصور أن يعقد البيع بعبارة واحدة ، فأباحوا له أن يبيع مال قاصرين - لا ولي لها - من بعضها ، أو مال أحد الوافدين الآخر باعتبار ماله من الولاية العامة .

وأما عقد الزواج فقد كان استثناءه بناء على أن حقوق العقد ترجع إلى الزوجين كما سبق إلا أنهم شرطوا في صحة ذلك أن يكون المتولى له بمباراة واحدة له صفة بالنسبة لطرفي العقد تجيز له إنشاء العقد ، سواء كانت الصفة متحدة كالولاية عليها أو الوكالة عنها ، أو مختلفة كالولاية بالنسبة لأحد الطرفين ، والوكالة بالنسبة للطرف الآخر ، وما دامت الحقوق راجعة إلى الزوجين فلا تناقص في هذا .

أما إذا كان الشخص الذي تولى عقد الزواج له صفة عن أحد الطرفين ، وليس

(١) جاء في البحر الرائق ج ٨ ص ١٢٢ : وغير الأب والجدة لا يتولى طرفي العقد عند المعارضة المالية لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد . فيصير الواحد طالباً ومطالباً ومسلماً ومتسلماً ، وكذا الأب والجدة قياساً وهو قول زفر ويحوز استحساناً وهو أنه لكمال شقيقته قام مقام شخصين وعبارة مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باعه منه وهو بالغ وهو يتحمل لحق الأبوة - لحق العقد فيباه عنه . ١ هـ

له صفة بالنسبة إلى الآخر ، كأن يكون ولياً ، أو وكيلاً عن طرف وفضولياً بالنسبة إلى الثاني ، فلا ينمقد عند أبي حنيفة ومحمد ، وأجاز أبو يوسف ذلك ، وقال ينمقد موقوفاً ، وهي المسألة المشهورة بتزويج الفضولي ، ثم إنهم استندوا في هذا للاستثناء إلى آثار شرعة منها .

ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل « أترضى أن أزوجه فلانة ؟ » قال نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجهك فلاناً ؟ قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه (١) .

وما رواه البخاري من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أجمعين أمرك إلي ؟ قالت نعم ؛ قال : « تزوجهك » (٢) ، فقد تم عقد الزواج في الحديث الأولى بمباراة واحدة من رسول الله بوكالة عن الزوجين ، وفي الآخر الثاني بمباراة من شخص له صفتان أصالة عن نفسه ووكالة عن المرأة .

وبعد هذا كله يعللون الجواز : بأن العبارة الواحدة في تلك الصورة قائمة مقام المبرأتين ، ومعبرة عن إرادتين ؛ ويكون الشخص موجباً وقابلًا في آن واحد . فعبارته باعتبار صفته عن أحدهما تكون إيجاباً ، وباعتبار صفته عن الآخر تكون قبولاً .

المذهب الثالث : وهو الجواز مطلقاً في جميع العقود لا فرق بين عقد وعقد ؛ وإلى هذا ذهب الحنابلة . وهذا المذهب لما ترى يخالف المذهب السابق في عقود

(١) بقية الحديث في نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٣ « فدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يعطها شيئاً ، وكان من شهد الحديبية وكل من شهد الحديبية كان له سهم بخير . فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً ، وأني أشهدكم أنني أعطيتها من صداقها سهمي بخير ، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف درهم .

(٢) المرجع السابق .

المعاوضات المالية ، فصيح أن يتولى عقد البيع أو الاجارة وما شابهها عاقد واحد عن الطرفين ، ولكن بشرط أن يكون له صفة تجيز إنشاء العقد ، لأن عقد الفضولي الذي لا صفة له غير صحيح عندهم . والسبب في هذه المخالفة أن المانع من ذلك غير موجود . لأن حقوق العقد في المعاوضات ترجع إلى

غير من باشر العقد من ولى أو وكيل ، وما دامت الحقوق ترجع إلى غير المباشر فلا يقال : إنه لا يعقل أن يكون الشخص مملكا ومتملكا في آن واحد ، لأن الملك هنا غير المتملك .

وأنت ترى أن مذهب الحنابلة هذا فيه شيء من الغلظة يظهر ذلك فيما قالوه في عقد الوكالة : من أنه يصح أن يكون الشخص وكيلاً عن المدعي ، والمدعي عليه ، فيدعى عن أحدهما ويحب عن الآخر ، ويقم حجة كل واحد منها^(١) .

كما أن المذهب الأول فيه تضيق على الناس ، فقد توجد ضرورة أو حاجة ملحة تقتضي أن يقوم شخص واحد مقام شخصين فيعقد عنها ، فمنع ذلك إضرار بالناس وإيقاع لهم في الحرج ، وهما منفيان عن شريعة الله التي جاءت باليسر والرحمة للناس ، على أنه يخالف للحديث الذي روئاه من قبل في صفة عقد الزواج بمباراة واحدة .

ومن هذا يتبين لنا رجحان المذهب الثاني .

هذا هو أثر المباراة الواحدة في الالتزام من جانب واحد ، والالتزام من جانبين « العقد ذي الطرفين » وهناك نوع من العقود وسط بين النوعين ، وبعبارة

(١) راجع كشف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

أخرى يختلف فيه بين الفقهاء ، هل يتوقف محققها على إيجاب وقبول أو يكفي فيها الإيجاب فقط .

وأثر العبارة الواحدة فيها ظاهر . فعلى القول بأن ركنها الإيجاب تكون العبارة الواحدة من شخص واحد كافية في إنشائها ، وعلى الرأي الثاني وهو أن ركنها الإيجاب والقبول فلا يكفي فيها عبارة واحدة ، أو على الأقل تأخذ حكم العقد ذي الطرفين من هذه الناحية ، وقد علمت ما فيه من خلاف .
ومن أمثلة هذا النوع . الهبة . والكفالة . والإبراء من الدين .

صفة العقد : ويم تتحقق ؟ صفة العقد هي صورته الحسية التي يوجد بوجودها في الخارج ، أو هي الدال على توجه إرادة العاقدين ، ذلك لأن الأساس في العقد هو توجه إرادة العاقدين لانشائه ، وهذه الإرادة أمر باطني لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة ، وهذا الدال هو الذي سماه الفقهاء صفة العقد .

وإذا كان معنا دال ومدلول ، والمدلول هو الأصل ، ولكنه خفي لا اطلاع عليه ، والدال هو المبين له وهو ظاهر ، فلا بد إذاً في هذا الدال من أن يكون واضحاً في دلالته على ما قصده المتماقدان من غير احتمال لمعنى آخر كالوعود والمساومة — كما سبق — ولا يضر بعد ذلك أن يكون قولاً أو فعلاً أو إشارة ، أو كتابة .

والأصل في التمييز أن يكون بالكلام

وقد اتفق الفقهاء على أن الكلام هو السبيل الأول للتمييز^(١) عن الإرادة

(١) يقول القرافي في آخر كتابه الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٨١ عند بيان المفتي لفتاوه والإحسن أن يكون البيان باللفظ دون الكتابة فإن اللسان يفهم ما لا يفهم القلم ، فإنه حي والقلم ميت » .

لذلك ينمقد به كل عقد أياً كان نوعه متى كان العاقد قادراً عليه ، وبأي لغة متى كان العاقدان يفهماها ، ولا يشترط في اللغة أن تكون فصيحة ، بل يصح أيضاً باللغة العامية ، وبأي لفظ متى كان واضح الدلالة على المراد .

فمثلاً يصح في البيع أن يقول الموجب : بعت لك هذا بكذا أو ملكته لك بكذا ، أو أعطيتك هذا الشيء بكذا ، أو هبتك هذا بثمان قدره كذا ويقول القابل : اشتريت ، أو قبلت أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيع لم يخرج عن هذا الاتفاق إلا عقد الزواج ، فإن الفقهاء يختلفون فيما ينمقد به من الألفاظ ما بين مضيق وموسع ، فبينما يذهب فريق منهم كالشافعية ، ^(١) إلى أنه لا ينمقد إلا بلفظي الزواج والنكاح ، وما أخذ منها من الأفعال ، كزوجتك وزوجني . وما شاكل ذلك ، وهذا في حق من يحسن العربية ، وأما من لا يحسنها فيصح منه باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى .

وسندم في هذا الرأي : أن عقد الزواج ليس ككل العقود لما له من عظيم الخطر حيث ورد على المرأة وهي حرة ، وشرع لأغراض عظيمة ، منها تكثير النسل وتكوين الأمر ، فهو بهذا يكون فيه ناحية تمديدية نجعلنا نقف عند ما حده الله لانتعاده لا بقياس ولا بغيره ، والقرآن جاء في موضع تشريعه يهدين اللفظين فقط ، جاء ذلك في أكثر من عشرين آية . منها قوله تعالى :

« فانكحوا ما طاب لكم من النساء » ^(٢) ، « وأنكحوا الأيامى منكم » ^(٣) ، « حتى تنكح زوجاً غيره » ^(٤) ، « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » ^(٥) ، « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها » ^(٦) .

(١) ويرافقهم الحنابلة في هذا كما في كشف القناع ص ٣٠ - ٢ . ولم قول آخر أوسع من هذا كما في الفنى وكذلك الشيعة الجعفرية .

(٢) النساء - ٣ (٣) النور - ٣٢ (٤) البقرة - ٢٣٠ (٥) البقرة - ٢٢١ (٦) الأحزاب - ٣٧

نقول بينما نجد هذا الفريق من الفقهاء يذهب إلى هذا الرأي إذ بنا نجد آخرين كالحنفية^(١) يذهبون إلى عكس ذلك ، فيصححون عقد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال ، كالتمليك والبيع والصدقة والطيعة وإذا وجدت قرينة دالة على أن المراد بها الزواج سواء كانت هذه القرينة تسمية المهر أو غيرها^(٢) .

ورأي الحنفية في نظري أرجح من الرأي الآخر : لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ تبعاً لرغبة المتعاقدين ، وتراضيهما ، وما دام اللفظ المستعمل ينسب عن تراضي الطرفين مفهوماً لها ولشهود المقد فهو محقق للغرض الذي من أجله صدر ، والمسألة ليست مسألة ألقاظ ، لأنه كما ورد في تشريعه لفظ الزواج والنكاح ورد أيضاً لفظ الهبة في كتاب الله ، وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين^(٣) . وما قيل : من أن انعقاد الزواج بلفظ الهبة خصوصية لرسول الله كما يدل آخر الآية مدفوع : بأن الخصوصية في إباحة تزوجه صلى الله عليه وسلم بغير مهر كما يدل عليه سياق الآيات .

ثم ماذا يقولون في التملك الذي جاء في بعض روايات حديث ورد في الزواج ، وفيها يقول رسول الله للرجل « ملكتكها بما مملك من القرآن »^(٤) .

(١) مذهب المالكية فيه اتفاق على انعقاده بلفظي النكاح والزواج وما أخذ منها . وفيه اختلاف في ألقاظ الهبة والبيع والتمليك إذا ذكر معها ما يدل على أنه أريد الزواج ففي كتاب التاج والأكليل شرح مختصر خليل ص ٢ ج ٣ ما ملخصه : وفي انعقاده بلفظ الهبة ورد وكذلك ما عدا زوجت وأنتكحت .

وفي حاشيته السماع بمواهب الجليل ص ١٩ قال ابن الحاجب : الصيغة لفظ يدل على التأييد مدة الحياة كآنتكحت وزوجت وملكت وبعث ، كذلك وهبت بسمية صداق ه .

(٢) وراجع فتح القدير باب النكاح ج ٢ ورد المختار لابن عابدين ج ٢ باب النكاح .

(٣) الأحزاب ٥٠ -

(٤) أصل هذا الحديث أن امرأة جاءت إلى رسول الله تعرض نفسها عليه للزواج فأعرض =

كل ذلك يدل على أن الزواج يصح بكل لفظ يفيد التملك العين في الحال فما
الفرق بين لفظ البيع والصدقة وبين لفظ التملك في إفادة الملك متى ذكر معه
المهر المختص بمقد الزواج ؟ .

والفقهاء - مع اختلافهم هذا - متفقون على أنه لا ينمق بالفاظ الاعارة
والإباحة . والاحلال ، ولاجارة ، والوصية ، لأن هذه الألفاظ بعيدة عن معنى
الزواج فلا تدل عليه .

ثم إنهم تكلموا عن الصيغة من ناحية أخرى ، وهي بأي الأفعال تكون
أبالماضي ، أم بالمضارع والأمر ؟ .

ذلك لأن هذه الأفعال تختلف في دلالتها ، فالماضي يدل على حصول الحدث
قطعا من غير احتمال ، أما الأمر والمضارع فيدلان على حصول الحدث في الحال
والاستقبال ففيهما احتمال الوعد والمساومة .

من أجل هذا اتفقوا على انمقاد العقد بالفعل الماضي ، لأنه أدل على المراد
من غيره ، وليس معنى هذا أنه وضع لإنشاء العقد ، بل المراد أن الناس من حين
تعاقدوا استعملوه ، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك ، والناس حينما يتبايعون
يقولون : بعته ، واشتريت ، ورهنتك ، وزوجتك ، ووهبتك ، وأعرتك
بأسلوب الماضي .

= عنها الرسول : فقال رجل من الجالسين : إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها يا رسول الله .
فقال له الرسول : هل عندك مال تدفعه لها ، فقال الرجل : ليس عندي إلا إداري هذا ، فقال
له : هل عندك غيره ، فقال لا ، فقال له : التمس ولو خاقا من حديد ، فذهب الرجل ورجع
فقال : ولا خاقا من حديد ، فقال له الرسول ماذا تحفظ من الثرائف ، فقال الرجل سورة كذا
وكذا وعد سوراً ، فقال الرسول : عليها شيئا من القرآن ، ثم قال : ملكتها بما معك من
القرآن » .

وأما غيره من الأفعال فينمقد العقد بها إذا وجدت قرينة تنفي احتمال العدة والمساومة . مثل زوجني بمر كذا . فيقول الآخر: زوجتك ، ومثل قول الرجل للمرأة : تزوجيني نفسك بمر قدره كذا ، فتقول له : زوجتك نفسي . الخ .

والجملۃ الاسمية تصلح لذلك أيضاً على الأصح ، فإذا قال شخص لآخر : أنا بائع لك كذا ، أو أنا واهب لك كذا ، فقال الآخر ، أنا قابيل ، انمقد ، وكذلك حرف الجواب ، كنعم في مثل قول القائل : يعني هذا الشيء بكذا فيقول الآخر : نعم .

وأما الكتابة : فينمقد بها العقد بشرط أن تكون مستبينة ^(١) بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، وأن يقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر ويفهمه ، فإذا كتب أحد المتبايعين كلمة الإيجاب . بعث لك هذا الشيء بعشرين قرشاً ، فكتب الآخر قبلت . وكانت الكتابة مستبينة ، وقرأها كل من المتعاقدين وفهما فإنه ينمقد عقد البيع حينئذ ، كما لو تلفظا بهاتين المبارتين ، وأما لو كانت الكتابة غير مستبينة كما لو كتب على المساء ، أو في الهواء ، أو كانت باقية ، ولكن أحدهما لم يقرأ ما كتبه الآخر ، أو قرأه ولم يفهمه ، ولكنه كتب كلاماً يدل على أحد ركني العقد ، ففي هذه الصور لا ينمقد العقد لاختلال شرط من شروط الانمقاد .

ثم إن الكتابة معتبرة بأي لغة كانت ما دامت مفهومة ، ولا يشترط في الانمقاد بها عجز العاقدين عن النطق ، بل يصح وإن كانا قصادرين عليه ، وهذا الحكم يسري في كل العقود ما عدا الزواج في حال اجتماع الطرفين في مكان واحد؛ فإنه لا ينمقد العقد بالكتابة منهما إلا إذا كانا عاجزين عن النطق .

والسبب في ذلك أن عقد الزواج يشترط في صحته حضور الشهود وسماعها

(١) راجع تبين الحقائق للزيلعي ، وحاشية الشلبي عليه ٦ - ٢١٨ في بحث مسائل شتى

كلام الزوجين ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية ، وبالكتابة يكون سرّاً ، والرسول قد أمر بإعلانه بقوله : « أعلنوا هذا النكاح » .

أما إذا كانا غير مجتمعين بأن كان أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر فیتعذر الانعقاد بالكلام ، فيكون كحالة العجز عن النطق ، وحینئذ یصح الانعقاد بالكتابة . كان یكتب أحد الراغبين رغبته في كتاب یقول : زوجيني نفسك بمهر قدره كذا . ثم يرسله إلى طرف آخر ، فإذا وصله قبل في مجلسه « مجلس قراءة الكتاب » انعقد العقد ، ويكون هذا أمام شاهدين یقرأ علیهما الكتاب الذي فيه الإيجاب ، ثم یقبل بكلام مسموع لهما ، « رُ قِ صام من غیر أن یقبل انتهى الإيجاب ، حتى إذا قبل بعد ذلك لا ینعقد العقد

ولكن بعض الفقهاء توسع في هذا واعتبر بقاء الإيجاب مرتبطاً بوجود الكتاب نفسه ، فما دام الكتاب موجوداً مع المرسل إليه له أن یقبل في أي وقت ولا یتقيد بالمجلس ولكن الراجح هو الرأي الأول .

ومثل إرسال الكتاب إرسال الرسول لتبليغ الإيجاب ، ومجلس التبليغ هو مجلس العقد فيجب أن یقبل فيه .^(١)

وأما الإشارة : فلا تخلو إما أن تكون من القادر على الكلام أو من العاجز عنه كالآخرس مثلاً ، والعاجز إما أن يكون یحسن الكتابة أو لا یحسنها حالات ثلاث یختلف الحكم فيها .

الحالة الأولى : إذ كانت من القادر على الكلام فلا ینعقد بها العقد عند جمهور

(١) وفي هذا یقول صاحب الهدایة من الحنفية ، والكتاب كالخطاب وكذا الاوسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة « ١١ » .

الفقهاء ، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة يكون بالكلام ولا يلجأ إلى غيره إلا عند المعجز .

ولكن المالكية يخالفون في ذلك ، ويقولون أن الإشارة المفهومة معتبرة في العقود ، لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها والإشارة المفهومة تدل على ذلك ، بل إنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينمقده به العقد بخلاف إلا في التفصيل ، : على أن الإشارة سماها القرآن كلاماً في قصة زكريا عليه السلام في قوله تعالى : « قال رب اجعل لي آية . قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا »^(١) والرمز الإشارة ، ولكنهم استثنوا من ذلك عقد الزواج ، فقالوا : إنه لا ينمقده بالإشارة في تلك الحالة ، لخطورته وما يترتب عليه من آثار في غاية الأهمية .

والقانون المدني الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر في المادة (٩٠) التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقته المقصودة .

الحالة الثانية : إذا كانت من الأخرس الذي ولد ومعه هذه الآفة^(٢) وكان عاجزاً عن الكتابة فإن عقده ينمقدها بلا خلاف بين الفقهاء بشرط أن تكون مفهومة ، فإن كانت غير مفهومة اعتبرت لغوياً .

الحالة الثالثة : إذا كانت من العاجز الذي يحسن الكتابة ففي مذهب الحنفية روايتان .

(١) آل عمران - ٤١ .

(٢) قيد بذلك لأن الحرس الطاريء بسبب المرض يختلف في اعتبار الإشارة من صاحبه ، فقليل تعتبر كالأخرس الأصلي ، وقيل لا تعتبر إلا إذا يشن من عودة النطق إليه وهو رأي الحنفية .

إحداهما تقرر إنها تعتبر ، لأنه عند المعجز عن الكلام ينتقل إلى ما يقوم مقامه ، والاشارة والكتابة في ذلك سواء .

والرواية الأخرى تقول . إن الكتابة أبلغ في الدلالة من الاشارة ، لأن الكتابة يعرفها كل من يقرأ ، بخلاف الاشارة فإنه لا يعرفها كل واحد ، على أن دلالتها فيها اشتباه ، فكانت الكتابة أقوى من الاشارة وعند اجتماع الدلائل يقدم الأقوى ، وعلى هذه الرواية سارت المحاكم .

التعاقد بالأفعال : لا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا يتم بالأفعال الدالة على الرضا ، كإعطاء المهر مثلاً ، فلو أعطى رجل امرأة مبلغاً من المال على أنه مهر بقصد الزواج المتفق عليه بينها قبل ذلك ، فتابعته المرأة من غير أن يتلفظا ، بعدم ، وعاشا معاً كالأزواج ، كان ذلك مجرد تراض على المعاشرة والاستمتاع ، ولا يكفي في تمييز الزواج عن السفاح^(١) .

ذلك لأن عقد الزواج له خطورته لما يترتب عليه من الآثار ، وأنه وارد على المرأة وهي حرة لم تبج إلا للضرورة^(٢) ، فحفظاً لكرامتها وصونها لها عن الابتدال لم يباح حلها بفعل يدل على ذلك ، بل لا بد من القول حتى يسمع شهود العقد ليتحقق الاعلان بالمأمر به .

ثم إن الناس تعارفوا التعاقد بالفعل في غير الزواج على مر الزمان ، ولم يحدث أن عقدوا زواجاً بالأفعال ، وألحق الشافعي بالزواج الطلاق والخلع والرجعة فلم

(١) قال في العمادية : لا يتمد الزواج بالتعاطي حتى لو قالت امرأة لرجل : ذرجتك نفسي بدينار فدفعت الدينار إليها في المجلس ولم يقل بلسانه شيئاً لا يتمد للنكاح وإن كان بحضرة الشهود « ١١ » .

(٢) ولذلك قيل في القواعد « إن الإباحة والبذل إنما يجريان في الأموال لا في النعمة » البدائع ج ٦ ص ٣٢٧ .

يجوزها إلا بالقول ، ومثل الزواج الوصية فإنه لا يتصور عقدها بالفعل وأما بقية العقود فقد اختلفت اجتهادات الفقهاء فيها على ثلاثة آراء .

الأول : أنها لا تعقد بالأفعال ، لعدم قوة دلالتها على التعاقد ، لأن الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ لوضوح دلالتها ، لأن الناس يعبرون بها عن أغراضهم ولم يعدل عنها إلى غيرها إلا في مواضع الحاجة ، كالإشارة بالنسبة للأخرس ، أو الكتابة لأنها قائمة مقام الكلام ، ولأنها تمحل إلى ألفاظ عند قراءتها ، وليس فيها احتمال ، أما الأفعال فإنها تختلف باختلاف الناس ، وتحتمل غير المراد من العقد ، فلا يعقد بها أي عقد .

هذا ما ذهب إليه الشافعي وأحمد في رواية عنه .

ولما في هذا القول من الحرج ذهب بعض المتأخرين من الشافعية إلى أنه يصح فيما تعارفه الناس ، ومنهم من صححه في الأمور النافذة لا النفسية (١) .

الثاني : أنها تعقد بالأفعال فيما تعارفه الناس سواء كان حقيراً ، أو نفيساً ، لأنه بعد التعارف واعتياد الناس له يصير أداة ظاهرة في التمييز عن الإرادة .

ومن هذا النوع ركوب السيارات المعدة لنقل الركاب بالأجر ، والقطارات وحياكة الثياب ، وشراء الصحف والمجلات ، والأشياء المحددة الأثمان بدفع الثمن وأخذ المبيع ، والتصدق ، وهذا مذهب الحنفية ورواية عن أحمد ، وإليه مال بعض الشافعية كما سبق فإن من قال منهم يجوز في الحقير دون النفيس قاله بناء على جريان العرف بذلك .

ثم إن الحنفية صححوه بشرط أن يكون ثمن المبيع معلوماً علماً نافياً للجهالة .

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٤٤ ج ٣ ، وهذا قال الكرخي من الحنفية ، كما في الدر المختار « أول باب المبيع » .

الفاحشة المؤدية إلى النزاع وإلا فسد العقد ، ولا يلزم لانقضاء العقد أن يكون التعاطي من الجانبين على رأي محمد ، وعليه الفتوى ، بل يكفي أن يكون من جانب واحد ، فإذا أخذ البائع الثمن ، ولم يعط المبيع ، أو أخذ المشتري المبيع ، ولم يعط الثمن صح البيع ولزم حتى ولو تغير الثمن ^(١) .

الثالث : إنها تتمتع بالأفعال متى كان الفعل واضح الدلالة في جميع العقود ما عدا الزواج ، سواء جرى به العرف أو لا ، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل ، ومذهب مالك ^(٢) .

وبنقد بالفعل سواء كان من الجانبين أو من جانب واحد ، كما في المذهب السابق إلا أنه لا يكون لازماً ^(٣) ، إذا كان من جانب واحد حتى يوجد القبض من الجانب الآخر فيأثم .

ووجه هذا الرأي أن الشارع لم يجعل للعقد رسماً خاصاً توجد عليه ، وإنما جعل الأساس في إنشائها هو التراضي . والتراضي أمر باطني لا يظهر لنا إلا بما يدل عليه ، فكل ما دل على وجود التراضي فهو معتبر في نظر الشارع والأفعال الواضحة لا تقل عن غيرها في الدلالة ، ولا أدل على ذلك من تعاقد الناس بالأفعال من عصر النبوة وما بعده من العصور ، على أن الكلام والاشارة والكتابة التي

(١) راجع ود المختار لابن عابدين ص ١٥ وما بعدها ج ٤ .

(٢) جاء في كتاب الفرق للقرافي ج ٣ ص ١٤٣ وما بعدها ، في الفرق - ١٠٧ - بين قاعدة البيع توسع العلماء فيه حتى جاوز مالك البيع بالمطاه وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزاد على ذلك حتى قال : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، وقاعدة لتكاح . وقع التشديد فيها في اشتراط الصيغ حتى لا أعلم أنه وجد لما لك القول بالمطاه فيه البتة بسلا لا بد من لفظ . راجع هذا الفرق فإنه بين فيه السبب في أن عقد الزواج لا يصح بالأفعال أجلى بيان .

(٣) ويرتّب على ذلك أن الشخص لو اشترى طعاماً معلوم الثمن بالتعاطي ولم يدفع منه جاز أن يأكله لصحة العقد وجاز له أن يردّه ويأخذ بدلّه ، وليس فيه بيع طعام بطعام نيئة ، لأن العقد منحل قبل القبض من الجانبين .

أجازوا بها التعاقد بالاتفاق ما هي إلا أفعال في حقيقتها ، فما وجه إجازة التعاقد إذاً ببعض الأفعال دون البعض الآخر ؟ لا شيء إلا أنه تحكم لا أساس له في شرع الله .

ونحن إذا نظرنا إلى هذه الآراء على ضوء ما هو مقرر في شريعة الله من أنها جاءت بما يحقق مصالح الناس من غير إيقاعهم في حرج ، أو عنت نستطيع أن نقول : إن أرجح هذه الآراء هو الرأي الثالث ، لأنه يتفق والحياة العملية لما فيه من يسر وتيسير .

والتشريع الوضعي بصريفاق هذا الرأي جاء ذلك صريحاً في المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد ، ونصها :

١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون بالتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

ويقول الدكتور السنهوري في وسطه^(١) عند هذا الموضع . ويكون التعبير الصريح أخيراً بالتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، فمرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل كيزان أو آلة لبيع الحلوى أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً .

(١) ص ١٧٦ وما بعدها .

العقد بين نية العاقد وإرادته

أو بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

عرفنا بما تقدم أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت إرادتان. إرادة باطنة تسمى عند الفقهاء بالنية، وإرادة ظاهرة، وهي المسماة بالصيغة، والأولى هي الأصل، ووظيفتها التوجيه للظاهرة، والثانية دالة على الأولى، ووظيفتها إبراز ما في النفس، فهي المؤثر الظاهر في وجود العقد في الخارج.

وعلى هذا لا يكون لوجود إحداهما منفردة أثر في وجود العقد وترتب آثاره عليه. فلو عزم شخص في نفسه على بيع ماله، أو إيجارته، أو رهنه من غير أن يوجد منه ما يدل على ذلك لا يكون عزمه هذا إيجاباً من جانبه. ولو عزم رجل على الزواج من امرأة معينة، وعزمت هي على ذلك، فلا زواج بينهما ما لم يوجد ما يظهر هذا العزم.

وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها فلا تقيد شيئاً. كما إذا صدرت العبارة من ليس له إرادة كصبي غير مميز، أو نائم، أو مجنون، لأن الإرادة الظاهرة ما هي إلا دليل معبر عما في النفس، فإذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون هذه دالة وعند انتفاء دلالتها ينتفي عملها.

هذا بما لا نزاع فيه بين الفقهاء، وكما اتفقوا على ذلك اتفقوا على أنه يوجد العقد وترتب عليه الآثار إذا وجدت الإرادتان متوافقتين، وإن اختلف بينهما

فما إذا وجدتاً وكان في إحداها خلل ، أولاً توافق بينهما ، ففي هذه الحالة هل يعول على الباطنة أو الظاهرة ، وقبل تفصيل ذلك يحسن بنا أن نبين ما تتحقق به الإرادة الباطنة ، أو الأساس الذي تقوم عليه ، بعد أن عرفنا في البحث السابق ، ما تتحقق به الإرادة الظاهرة .

وقد اتفق الفقهاء على أنها تتحقق بالرضا والاختيار ، ولكنهم اختلفوا في أنها شيء واحد ، أو متغايران ، وبعبارة أخرى . هل هما متلازمان . إذا وجد أحدهما يوجد الآخر أولاً ؟

فالحنفية يذهبون إلى تغايرهما ^(١) ، وعدم التلازم بينهما من الجانبين فيعرفون الاختيار : بأنه القصد إلى التلفظ بالمباراة المنشئة للعقد ، على أنها سبب عادي له ، ووسيلة شرعية إليه ، وإن لم تكن له رغبة في إنشائه وترتب آثاره عليه .

والرضا ، هو الرغبة في آثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه .

إذاً يكون القصد من العاقد ، إما أن يتوجه إلى التلفظ بالمباراة الموضوعة لإنشاء العقد فقط ، وإما أن يتوجه إليها وإلى ما يترتب عليها من آثار ، وهذا

(١) يدل على ذلك كلامهم في بحث عوارض الأهلية في علم الأصول .

يقول صاحب كشف الأسرار الكبير في شرحه لأصول فخر الإسلام ج ٤ ص ١٣٧٧ عند الكلام على الفزل ، وإنما جمع بين الرضا والاختيار لأن الاختيار قد ينفك عن الرضا . كما في مسائل الإكراه .

وفي فصل الإكراه يقول فخر الإسلام ج ٤ ص ١٠٠٢ : والإكراه أنواع ثلاثة :

نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهي الملجئ ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ، ونوع آخر لا يعدم الرضا .

ومثل ذلك أيضاً في كشف الأسرار الصغير شرح الثار ج ٢ ص ٣٠٦ وما بعدها .

ما يفسر به كلام صاحب كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام حينما عرف^(١) الرضا : بأنه امتلاء الاختيار ، أي بلوغه غايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها ، وذلك لأن القصد إلى العبارة وآثارها قصد كامل أو اختيار كامل ، وأما القصد إلى العبارة وحدها فهو قصد ناقص .

وحينئذ يكون وجود الرضا مستلزماً لوجود الاختيار ، ولا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا .

وبناء على هذا يكون الهازل في المقعد غير راض به لعدم رغبته في الآثار المترتبة عليه ، ومثله المكروه في أغلب صور الأكراه ، ولكنها مختاران لقصدها العبارة والتلفظ بها ، أما اختيار الهازل فظاهر ، وأما المكروه فلأنه عرف الشرين ، واختار أهونها وهذا آية القصد والاختيار .

ويكون النائم والمجنون ، والصبي غير المميز والمقلن للعبارة من غير فهم لمناها لا اختيار لهم ولا رضا ، حيث لم يوجد منهم قصد ، لا إلى العبارة ولا إلى آثارها .

من أجل ذلك قالوا : إنه يوجد انعقاد وارتباط بين الإيجاب والقبول وإن لم يكن العقد سليماً من الميوب ، فالمتعقد السليم من الميوب صحيح ، والمتعقد غير السليم فاسد ، وغير المتعقد باطل .

وغير الخفية يقولون : إن الرضا والاختيار متلازمان لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، فالقصد إلى العبارة وحدها لا يسمى اختياراً ، بل الاختيار هو القصد إلى العبارة المنشئة للمقعد بحيث تكون العبارة دالة على ما في النفس من

(٢) ج ٤ ص ١٥٠٢ ، ويقول النسفي في شرح المنارج ٢ ص ٣٠٦ : (والرضا عبارة عن امتلاء الاختيار حتى يفضي إلى الظاهر ويرى أثره السور في وجهه) ١ .

رغبتها في آثار العقد ، وهو عين الرضا .

وبناء على ذلك لا يكون للهازل والمكره رضا ولا اختيار ، كالصبي والمجنون وأشباههما، وإن كان الشافعية في أحد القولين عندهم يذهبون إلى أن الهازل يختار في التللفظ بالمباراة قاصد إلى إنشاء العقد بها ، وهذا دليل رضا وقصده الباطل فيعامل بذلك . ولا يلتفت إلى دعواه الهزل ، لأن فتح هذا الباب يحل المعاملات غير مستقرة بين الناس .

من أجل ذلك قسموا العقد إلى قسمين صحيح وغير صحيح ، ولا ثالث لهما ، فالارتباط بين الإيجاب والقبول لا يوجد إلا إذا كان العقد سليماً من العيوب ، فالعقد هو السليم من العيوب وهو الصحيح ، وغير السليم ليس منعقداً ولا صحيحاً ، بل هو باطل أو فاسد على حد سواء .

ولنعمد إلى أصل الموضوع فنقول .

إذا لم يصدر من الشخص عبارة أو ما يقوم مقامها من إشارة أو كتابة لا يوجد عقد ، لأن الحكم بوجوده تابع لوجود صورته في الخارج ولم توجد .

وإذا صدرت منه العبارة فلا يخلو . إما أن يكون مع قصد النطق بها ، أو صدرت بدون قصد ، وفي حالة القصد إما أن يكون فاهماً لمعناها وما تدل عليه أولاً يكون ، فإن كان يفهم معناها ، فلما أن يقصد بها غرضاً آخر غير إنشاء العقد ، أو يقصد بها إنشاء العقد .

وفي الحالة الأولى . إما أن يكون ذلك الفرض متحققاً بدون التظاهر بإنشاء العقد ، أو لا يمكن تحقيقه إلا مع التظاهر بإنشائه ، وفي الحالة الثانية أما أن يقصد ترتب أثر العقد الشرعي عليه ، أو يقصد أثر آخر .

فنبطلخص من ذلك الصور الآتية .

١ - صدرت العبارة من غير قصد النطق بها كعبارة النائم والمجنون والصبي الذي لا يميز والسكران ، والمفمى عليه .

٢ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها لكن من غير فهم لما تدل عليه ، كما إذا لقن شخص عبارة بلغة أخرى غير لغته لا يفهم لها معنى .

٣ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ، ولكنه أراد بها غرضاً آخر لا يحتاج هذا الفرض في تحقيقه إلى التظاهر بإنشاء العقد ، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على إنشاء عقد من المقود بقصد حفظها ، أو الإخبار بها عما حصل في الزمن الماضي أو التعليم ، أو التمثيل ، أو غير ذلك من الأغراض .

٤ - صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها والفهم لمناها لكنه قصد بها تحقيق فرض آخر غير إنشاء العقد ، وهذا الفرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ، كعبارة الهازل والمكره ، فإن الهازل صدرت منه العبارة باختياره لفرض الهزل ، وهذا الفرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ، وكذلك في الاستهزاء : والمكره صدرت منه العبارة لفرض دفع الأذى عن نفسه ، وهذا الفرض لا يكون إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

٥ - صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمناها وقصد بها إنشاء العقد وما ربه الشارع عليه من الآثار .

٦ - صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمناها . وقصد بها إنشاء العقد ، لكن لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً من شرع العقد .

أحكام هذه الصور :

أما الصورة الأولى : فالعبارة لاغية لا يترتب عليها شيء باتفاق الفقهاء ولم يختلفوا إلا في عبارة السكران ، فمن الفقهاء من يرى أنها لاغية لا فرق بينها وبين عبارة المجنون والنائم سواء كان السكر بمحرم . أو بسبب مباح .

ومن ذهب إلى هذا الرأي . الامام أحمد . وبعض فقهاء المالكية ، وبعض الحنفية كالكرخي ومحمد بن مسلمة .

وعلى هذا الرأي تسير المحاكم بمصر في طلاق السكران كما ورد في المرسوم^(١) بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

وكذلك في لبنان م ١٠٤ من قانون حقوق العائلة .

وجه هذا الرأي . أن صحة التصرف تناط بالقصد الصحيح . والسكران ليس عنده ذلك . بل هو أسوأ حالا من النائم . لأنه إذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمحرم . والسكر بمباح : فقالوا ، إذا كان السكر بمباح لا تعتبر عبارته . لعدم تحقق القصد منه . والمقود لا تنشأ وتترتب عليها آثارها بدون القصد إليها : وأما إذا كان السكر بمحرم فتعتبر عبارته في جميع المقود . وتترتب عليها آثارها . فيصح نكاحه ويقع طلاقه ،

وذلك لأنه مخاطب حال سكره في قوله تعالى : « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » ولأنه تسبب في زوال عقله بسبب محظور ، وهو مختار فيه فاعتبر عقله باقياً حكماً زجرأ له ، ولهذا قالوا : إنه لو أكره على الشرب ، أو كان مضطراً إليه لإسائة اللقمة لا يقع طلاقه^(٢) .

(١) فمادته الأولى تقول : « لا يقع طلاق السكران والمكرو » .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ وما بعدها .

ولكننا نقول: إن إلزامه بما تدل عليه عبارته على سبيل العقوبة غير مستقيم
لأمرين :

أولهما : إنه وضع عقوبة لم يحملها الشارع ، لأنه فرض له جزاء خاصاً .
وهو الجلد .

وثانيهما : إنه لا يكون عقوبة وزجراً إلا إذا كان أثر المقد ضاراً له
كالطلاق مثلاً ، أو البيع بالغبن ، وأما إذا كان نافعاً له أو ليس فيه ضرر فلا
زجر فيه ، فالأولى أن نلقي عبارته ولا نرتب عليها أي أثر .

وهناك حاله تشبه هذه الحالة ، وهي ما إذا نطق الشخص بالمبارة خطأ أو
نسياناً ، ولذلك ألحقها الشافعية بها في حكمها ، وقالوا : إن عبارته لا يترتب
عليها أي أثر لانعدام القصد ، فالشخص الذي قصد إلى النطق بمباراة « بعت
كذا » فسبق لسانه من غير قصد إلى لفظ « أنت طالق » لم يقصد طلاقاً ،
وإنما قصد البيع ، فيجب ألا يؤاخذ بما لم يقصده ^(١) ، ويوافق الشافعية في
هذا المالكية والحنابلة ، مستدلين بحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما
استكرهوا عليه » .

وخالفهم الحنفية ^(٢) في هذا وقالوا: إن عبارة الخطيء والناسي يترتب عليها

(١) وكذلك الشخص الذي يتكلم بمباراة تدل على إنشاء التزام غافلاً عن معناها طائفاً بأنها
تدل على معنى آخر يريد عند التكلم ، فالفرق بينه وبين الخطيء أن الخطيء أخطأ في النطق
فتلفظ باللفظ بينما قصد النطق بغيره ، والعاقل أو الناسي لم يخطئ في التلفظ ، وإنما أخطأ
في معنى اللفظ ، فهو يظن أنه يدل على معنى ونطق به قاصداً هذا المعنى ، ولكن تبين أنه
غافل عن معناه لأنه يدل على معنى آخر .

(٢) راجع البحر الرائق ص ٣٦٣ ج ٣ في باب الطلاق .

آثارها . لأن العبارة في وجود العقد بمظهره الخارجي وقد تحقق من شخص عنده أهلية لإنشائه ، والإرادة أمر خفي لا إطلاع لنا عليه . فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في هذه التصرفات لتزلزلت المعاملات ولما استقرت . حيث يسهل على كل من يريد نقضها أن يدعى أنه أخطأ . أو كان غافلاً عن معناها .

ونستطيع أن نأخذ رأياً وسطاً بين الرأيين يوافق الحديث السابق ويحفظ على المعاملات استقرارها . وهو أن نلغي عبارته في حاله ما إذا كان المقام يؤيد الخطأ أو الغفلة . كما إذا كان الرجل يساوم زوجته على بيع شيء من ماله لها . فقال لها : أنت طالق بدلاً من أن يقول بعت .

أو كان الشخص مبتدئاً في تعلم اللغة فنطق بلفظ يظن أنه دال على إنشاء التزام وهو يدل على غيره . فإذا قال الأول أخطأت ، وقال الثاني غفلت عن معناه الحقيقي ولم أقصد صدق في ذلك وأما إذا كانت القرائن دالة على قصد العقد . أو لم يوجد دليل على دعوى الخطأ فإن عبارته تعتبر ويترتب عليها آثارها . لأن تصديقه في هذه الحالة يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات .

وأما الصورة الثانية : فلا يترتب على عبارته شيء في كل العقود . لأن عدم الفهم ينفي القصد وهو أساس الرضا .

وخالف بعض فقهاء الحنفية ^(١) فقالوا : إنه ملازم بأثر عبارته في التصرفات التي يتساوى فيها الهزل والجد . وهي النكاح والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين . معطين ذلك : بأن الفهم لمضمون اللفظ شرط لأجل القصد ، وهذه

(١) راجع فتح القدير ج ٢ باب النكاح ، ورد المختار في باب النكاح أيضاً ص ٨٤ .

التصرفات لا يشترط فيها القصد ، فلا يشترط فيمن نطق بما يدل عليها أن يكون فاهماً لمعناها .

ولا يخفى أن هذا القول فيه منالاة ، لأن عدم اشتراط القصد في هذه التصرفات إنما يأتي بعد فهم المعنى ، ولا يعقل أن يرتب للشارع أحكاماً على عبارات مهمة غير مفهومة المعنى .

وأما الصورة الثالثة : فهذه لا يترتب على العبارة فيها أي أثر من آثار العقد باتفاق الفقهاء لا فرق بين عقد وعقد ، فمن يقرأ في كتاب فيه عبارات تدل على إنشاء العقود . فأخذ يردد هذه العبارات بقصد حفظها فإنه لا يكون ملزماً بها حتى ولو كان معه شخص آخر وأجابه عند سماع كلامه بما يفيد القبول وكذلك من ينطق بهذه العبارات بقصد تعليمها لغيره .

ومن هذا النوع عبارات المثلين ، فإذا قال الرجل في هذه الحالة لامرأة : زوجيني نفسك فقالت : زوجتك نفسي ، فهي يقصدان التلفظ . بالعبارة مع فهم معناها ، ولعنهما لم يقصدا إنشاء العقد ، بل قصدا غرضاً آخر وهو التمثيل وحكاية أقوال أشخاص القصة التي يحاكونها^(١)

أما الصورة الرابعة : وهي التي قصد فيها المتكلم إلى غرض آخر ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا إذا تظاهر بإنشاء العقد . . كأن يقصد بالعبارة الهزل أو الاستهزاء أو يقصد دفع الأذى عن نفسه كما في حالة الإكراه .

ففي حالة الهزل والاستهزاء تجدد الشخص فطق بالعبارة الموضوعية لإنشاء

(١) روى أن امرأة قالت لزوجها سمعي واديني بما تسمى ، فسلما ظبية واداما بذلك فقالت له ما قلت شيئاً ، فقال لها هات ما أسميك به ، فقالت سمعي خلية طائي فقال لها : وأنت خلية طائي ، فأنت عمر بن خطاب فقالت : إن زوجي قد طلقني ، فأرسل إليه فجاء فقص عليه القصة فأرجع عمر رأسها ، وقال لزوجها خلعا بينها وأوجع رأسها .

العقد مع فهمه لمناها ، ولكنه لم يرض بترتب آثارها عليها ، بل تظاهر بإنشاء العقد ليعقق غرضه الذي قصده من الهزل والاستهزاء .

لذلك ذهب بعض المالكية إلى أنها لا يترتب عليها أي أثر في كسل العقود لا فرق بين عقد وعقد ، لأن القرائن دالة على عدم إرادة إنشاء العقد . والإرادة أساس العقود فإذا انتفت انتفى العقد .

وعلى عكس هذا القول نجد الشافعية يذهبون إلى عكسه في القول بالراجع^(١) .
عندهم ، فيقررون أن عبارات الهازل وأمثاله صالحة لإنشاء العقود ، وترتب الآثار عليها ، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل وغيره ، ولأن سبب الهزل إن كان سابقاً على العقد بأن اتفق العاقدان على ذلك يكون بمنزلة الشرط السابق على العقد ، وهذا الشرط لا يؤثر في العقد عندهم .

والجمهور من الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية يذهبون إلى التفصيل بين التصرفات الخمسة التي سوى الشارع فيها بين الجدل والهزل ، وهي النكاح والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين وبين غيرها مسن العقود والتصرفات ، فصححوا عبارة الهازل في النوع الأول ورتبوا عليها الآثار استناداً إلى حديث « ثلاث جد من جد وهزل من جد النكاح والطلاق والعتاق » ، وفي بعض الروايات الرجعة ، وفي بعضها اليمين ، ولأن هذه التصرفات حق الله وهو ليس موضعاً للهزل والاستهزاء .

وأما النوع الثاني وهو عقود المبادلات المالية ، والمقود التي موضوعها المال كالهبة والعارية ، والوديعة ، فإنهم لم يرتبوا عليها الآثار لعدم تحقق الرضا الذي تقوم عليه الإرادة

(١) راجع المجموع شرح المذهب باب البيع .

ومع هذا الاتفاق على أن العبارة غير صالحة لترتب الآثار عليها نجدهم مختلفين فيها من ناحية أخرى ، فغير الحنفية يعتبرونها عبارة فاسدة غير صالحة لإنشاء العقود ، والعقد لم ينعقد بها ، وعلى هذا لو رضي بالعقد وآثاره بعد ذلك لا ينعقد العقد صحيحاً لأن الباطل لا يلحقه تصحيح .

والحنفية يقولون : إن العبارة في حدها ذاتها صحيحة صالحة لإنشاء العقد ، ولولا فوات الرضا لترتب الآثار عليها ، فالعقد انعقد بها ولكنه فسد لفوات الرضا الذي هو عماد صحة العقود ، وعلى هذا لو رضي بعد ذلك بهذا العقد في المدة المقررة ، وهي ثلاثة أيام كما يقول أبو حنيفة صح العقد ، لأن فسادها كان من جهة الخلل في الرضا ، فيرتفع هذا الفساد بوجوب الرضا .

ومن صور الهزل أن يتفق شخصان على أن يتظاهرا أبجدهما ببيع ماله للآخر دفعاً لأذى ظالم هدده في ماله ، ثم يعقد بناء على هذا الاتفاق ، وهو المسمى في عرف الفقهاء ببيع التلجنة ، فعند الشافعي هذا العقد صحيح فترتب عليه آثاره ولا عبء بالاتفاق السابق .

والجمهور^(١) يذهبون إلى عدم صحته ، لأنه ليس بيعاً حقيقة ، وإنما هو بيع صوري حيث جاء مجرداً عن الإرادة التي هي أساس العقود .

ومنها المواضعة على الزيادة في الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه

(١) يلاحظ أن الحنابلة يحكمون بطلان هذا البيع وإن لم يصرحا في التعاقد بأنه تلجنة كما في كشف القناع ص ٥ ج ٢ فهم يكتفون بدلالة الحال ، ولكن الحنفية يشترطون تقديم الاتفاق ، فإن لم يتقدم الاتفاق على التظاهر كان بيعاً صحيحاً ، ثم إن الامام وصاحبيه متفقون على عدم صحته فيما إذا تقدم الاتفاق على التظاهر ، واتفق الماقدان على أنها عقداً بناء على الاتفاق السابق كما اتفقوا على أنها لو أعرضا عن الهزل حين العقد صح العقد ، وإن اختلفا أو لم تحضرهما نية فالامام يرى صحته . والصاحبان يقولان بعدم صحته ، وأبجج شرح المنار في بحث الهزل ج ٢ .

لأجل منع الشفيع من أن يأخذ بالشفعة ، فالشافعي يعتبر الثمن الذي ذكر في العقد ، والجمهور يرون أن الثمن المتفق عليه سراً هو المعتبر .

ومنها التظاهر بالزيادة في المهر بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر كما يفعل كثير من الناس طلباً لحسن السمعة بين الناس ، فإن كان المتفق عليه مائة ، ومهر المالنية مائتين وجب للزوجة المذكور عند العقد وهو المائتان عند الشافعي ، والجمهور ^(١) يوجبون مهر السر وهو المائة .

وفي حالة الإكراه ، فإن الشخص قصد التلفظ بالعبارة مع فهمه لمعناها ولكنه لم يرض بما يقترب عليها من الآثار ، لأن الإكراه سواء كان ملجئاً أو غير ملجئ ، معدوم للرضا والملجئ مفسد للاختيار عند الحنفية ، وغير الملجئ لا يفسد ، لأن المكره يستطيع أن يتحمل الأذى المهدد به في غير الملجئ بخلاف الملجئ فإنه لا يستطيع تحمل ما هدد به ^(٢) .

وإذا كان الإكراه معدوماً للرضا فتكون عبارة المكره غير صحيحة ، فلا يقترب عليها أي أثر في جميع العقود . سواء منها العقود التي فيها حق الله ، أو غيرها عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية ^(٣) والحنابلة ، ودليلهم على ذلك

(١) في إعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٧ وما بعدهما . أن في منعب الحنابلة اختلافاً في الروايات ، هل يؤخذ بمهر المالنية أو يؤخذ بمهر السر . فليراجع .

(٢) الإكراه الملجئ هو التهديد بقتل النفس أو إتلاف عضو أو إتلاف جميع المال أو بالضرب المبرح الذي لا يتحمه المكره ويخشى منه التلف أو بالحبس الدائم أو بعمل مهيئ لشخص له جأه ومثله ، وغير الملجئ هو التهديد بما يوجب هماً وغماً بغير ما سبق ، والفقهاء كلام كثير وتفصيلات في حد الإكراه ومن يتحقق وشروطه ، وأنواعه ، والمؤثر منها وغير المؤثر يرجع إليه في كتب الأصول في بحث الإكراه في عوارض الأهلية وكتب الفقه في مواضع متفرقة .

(٣) راجع مواهب الجليل على شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٤٤ وما بعدهما ، وكشاف للقناع للحنابلة ص ٢٤١ ج ٣ ونهاية المحتاج للشافعية .

الحديث السابق : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ،
ولأن المكره غير مختار في النطق بالمعبرة ، بل مضطر إلى ذلك تحت سلطان
التهديد ، فتكون لغواً ، وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية في طلاق
المكره في مصر ولبنان .

ولكن الحنفية يذهبون في الإكراه مذهبهم في الهزل ، فقالوا : إنه مختار في
التلفظ لأنه اختار أهون الشرين ، فيكون العقد منعقداً بهذه العبارة إلا أنه
غير صحيح لعدم الرضا ، فيكون فاسداً ^(١) ، ويترتب على ذلك أنه إذا أجازته
ورضى به في المدة المقررة ، وهي ثلاثة أيام صح العقد وترتب عليه الأثر ، هذا
في العقود المالية ، وما ألحق بها من العقود التي هو ضوعها المال .

وأما العقود الخمسة التي فيها حق لله فهي صحيحة من أول الأمر ، لأن
الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قاطعة مقام الإرادة بدليل أن الشارع
اعتبرها صحيحة من المأزلة مع أنه قصد العبارة فقط . ولم يقصد ترتب
الأثر ^(٢) .

وأما الصورة الخامسة ، وهي ما إذا قصد التلفظ بها مع فهم معناها وجعلها
سبباً شرعياً لترتب الآثار التي ترتبها الشارع فهي صحيحة بالاتفاق ، ويترتب
عليها الأثر متى كانت مستوفية لشروطها . سواء كانت العبارة موضوعة للدلالة

(١) يرى زفر من الحنفية أن العقد في الإكراه غير فاسد ولكنه صحيح موقوف على إجازته
بعد زوال الإكراه فإن أجازته نفذ وإلا بطل بإرجاع البدائع ص ١٧٧ ج ٧ .

(٢) ويلاحظ أن مذهب الحنفية وإن استقام في غير العقود الخمسة بإثباته الجارية له بعد زوال
الإكراه ، وهو كاف في رفع الضرر عنه الذي يلحقه من الإكراه لكنه لا يستقيم فيها إذ كيف
يقع طلاق المرأة تحت التهديد بالقتل ، أو تصبح زوجة بمباراة صدرت كذلك ؟
وقولهم : إنه مختار لا يفيدهم لأن اختياره في الإكراه غير الملجئ وإن كان سلباً إلا أنه في =

على إنشاء هذا العقد ، أو الالتزام ، أو لم تكن موضوعة لذلك إذا وجدت معها قرينة تدل على أنه أراد بها إنشاء هذا العقد ، كن يستعمل لفظ الهبة بالتمن في إنشاء عقد البيع ، أو لفظ البيع بجائاً في إنشاء الهبة ، أو لفظ البيع للمنفعة في الإجارة ، أو لفظ الوصية في الوكالة مثلاً .

هذا باتفاق الفقهاء ولم يختلفوا إلا في عقد الزواج ، فإن الحنفية جعلوه كبقية العقود الأخرى ينمقد بكل لفظ دال على تمليك العين في الحال متى وجدت قرينة تدل على أنه أراد به الزواج ، وخالفهم غيرهم فلم يصححوه إلا بألفاظ خاصة ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على صيغة العقد .

وأما الصورة السادسة : وهي ما إذا اتجهت إرادة الماقد إلى جمعه وسيلة لتحقيق غرض آخر لم يقصده الشارع من تشريعه فإن كان ذلك الفرض مباحاً صح العقد بالاتفاق كمن يتزوج امرأة لتخدمه وهو مريض ، ولا شيء غير الخدمة ، فإن الخدمة فقط لم يشرع لها الزواج ، وإنما شرع لمقاصد أخرى .

وكمن يتزوج المرأة ليستعين بها لها أو يجاهاها في غير محرم ، فإن هذا المقصود مباح ولكن الزواج لم يوضع له شرعاً ، وإنما صح العقد في ذلك لأنه لا يتنافى مع مقاصد الزواج .

وأما إذا كان الفرض محظوراً كببيع السلاح لأهل الفتنة لمن يقتل به ، أو لمن يبيعه للأعداء ، ومثل بيع العصير ممن يتخذ خمرأ ، والإجارة على حل الخمر لمن يشربها : وإجارة الدار لمن يتخذها نادياً للقمار ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه

== الملحق . غير سالم كما قرره .

وقياسهم الكره على المأزول في إلزامه بهذه العقود الخمسة غير صحيح لوجود الفارق ، فالمأزول أتى بما يستحق عليه العقوبة ، والكره لم يأت بشيء من ذلك .

آلات الملاهي وما شاكل ذلك

فأبو حنيفة والشافعي يريان صحة هذا العقد ، لأن العبارة سليمة ، ولا عبرة لما خفى من النية غير الطيبة ، بل أمرها متروك إلى الله يحاسب صاحبها عليها ويوفيه جزاءه في الآخرة .

ولعل المشتري لا يستعمل ذلك الشيء في المحرم ؛ فمن اشترى السلاح ربما لا يقتل به ، ومن اشترى العصير أو العنب ربما لا يتخذة خمرأ ، ومن استأجر الدار ربما لا يتخذها للقمار الخ .

والمالكية يميلون إلى عدم الصحة مطلقاً بناء على مبدأ سد الذرائع المقرر عندهم . فالشافعي في موافقاته ^(١) يمد أن بين أن هذا النوع موضع خلاف في هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أو لا ؟ اختار المنع لأنه من باب سد الذرائع ، ثم قال : وبه أخذ مالك رضي الله عنه .

ويقول الخطاب ^(٢) : « يبيع العنب لمن يعصره خمرأ ويبع ثياب الحرير لمن يلبسها غير جائز » .

وذهب أبو يوسف من الحنفية ، والإمام أحمد إلى أن هذا العقد إذا ظهر معه هذا القصد السيئ بقرينة من القرائن كان غير صحيح ، لأن العقد في هذه الحالة إعانة على معصية الله ، والعقود لم تشرع لذلك وإنما جعلت وسيلة إلى قضاء الحاجات المشروعة .

وأما إذا لم يتبين بالدليل هذا الفرض كما إذا كان المشتري مستور الحال ، أو كان هذا الفرض مشكوكاً فيه . مثل ما إذا كان المشتري للعنب أو العصير

(١) ج ٢ - ٣٥٩ (٢) ج ٤ - ٢٦٧

يصنع الحجر والخل ، والمشتري للخشب يصنع أدوات الملاهي وغيرها مما يباح الانتفاع به شرعاً ، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد ويترتب عليه أثره .

وهذا تفصيل حسن يتفق مع حديث « إنما الأعمال بالنيات » ، والقاعدة الشرعية المصرحة بأن « الأمور بمقاصدها » .

يقول الإمام الشاطبي في موافقاته ^(١) : كل من ابتنى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتنى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل ، ثم دال على ذلك بما لا يدع مجالاً للشك .

ومما يدخل في هذا النوع بيع المينة ، وهو بيع يقصد منه التعامل بالربا ، وله صور اختلف العلماء في حكمها .

منها أن يرغب شخص في الاقتراض من آخر وهو لا يقبل أن يقرضه بدون فائدة ، فيوسطا في ذلك بربا ، بأن يبيعه المقرض عيناً تساوي مائة مثلاً بمائة وعشرة مؤجلة إلى أجل معين ، فيبيعه المشتري إليه مرة أخرى بمائة حالة وبأخذها ، وقد يوسط شخصاً ثالثاً ، فيبيعه له بمائة حالة ويقبضها . ثم يبيعه ذلك المشتري لبائعها الأول بمائة ، وبذلك تم الحيلة وتنتهي إلى أن المقترض أخذ مائة حالة بمائة وعشرة مؤجلة وهو عين الربا ، وقبيل في تصورها غير ذلك ^(٢) .

فهذا البيع قصد به تحقيق غرض آخر غير ما شرع له البيع ، وهذا الغرض محرم وهو التعامل بالربا ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء .

(١) ج ٢ - ٢٣٣ .

(٢) راجع رد المحتار ج ٤ - ٤٣٢ وما بعدها .

فالإمام الشافعي^(١) يرى أنه بيع صحيح، لأن العبارة سليمة في حد ذاتها،
والنية أمر خفي لا اطلاع لنا عليها، ولا فرق عند الشافعي بين ما إذا وسط
ثالثاً بينها أو لم يوسطاً أحداً .

والأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك^(٢) وابن حنبل يذهبون إلى أنه إذا لم يتوسط
بينها ثالث يكون البيع غير صحيح لوضوح الغرض منه حينئذ وهو التعامل
بالربا، والحديث ورد في هذا .

وأبو يوسف من الحنفية يرى أنه بيع صحيح، ولكن قيل : إن الذي جوزه
أبو يوسف هو الذي لا ترجع فيه العين إلى صاحبها، كما إذا اقترض شخص من
آخر خمسة عشر : ثم اشترى بها عيناً من المقرض تساوي عشرة. وبعد ذلك باعها
في السوق لغيره . ولم ترجع إلى الأول^(٣) .

وأما محمد بن الحسن فمذهبه أن هذا البيع مكروه كراهة تحريم، ولذلك
أثر عنه أنه كان يقول : هذا البيع على قلبي مثل الجبال اختارعه أكلة الربا .

(١) ينبغي أن يعقد ذلك بما إذا لم يظهر منها قصد التعامل بالربا كما نبه على ذلك ابن
القيم في بحث الحيل السابق في هذا الكتاب .

ومن هذا النوع بيع اشترى بين الناس بييع السبعة .

وهو أن يتفق الدائن مع المدين على أن يعطيه مائة إلى سنة بمائة وعشرة مثلاً ، فيعطيه المائة
نقداً ، ويبيعه سبعة بمشرة في الذمة ، فيشتري المقرض ثم يبيعها إليه ، فيحصل له في النهاية
مائة وعشرة في نظير المائة التي أقرضها له وهو رباً لا شك فيه .

(٢) يشترط المالكية لمنع هذا البيع أن يكتار قصده للمدة ائدين حتى ولو لم يقصد العاقبة
بالفعل راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ بهامشها .

(٣) راجع فتح القدير والبحر الرائق ، ورد المختار .

ومن هذا النوع أيضاً زواج المحلل . وهو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثاً لا ليعيش معها ويكونا أسرة كما هو الشأن في الزواج ، بل ليعلمها لزوجها الأول ، فهذا العقد لم يقصد به ما شرع لأجله ، بل قصد به غرض آخر غير مشروع ، وهذا أيضاً موضع خلاف بين الفقهاء ، فذهب فريق إلى صحته صارفاً النظر عن هذه النية ما دام لم يشترط التحليل في العقد ، فإذا طلقها بعد ذلك وانقضت عدتها من هذا الطلاق حلت للأول

أما إذا شرط التحليل في العقد كان فاسداً على رأي ، ومكروهاً على رأي آخر ، وذهب آخرون إلى أنه عقد فاسد لا يبيح لمن فعله العشرة مع هذه الزوجة ولا يحلها للزوج الأول إذا طلقها سواء شرط التحليل في العقد أولاً . ولكل وجهة ، فليرجع إلى ذلك في موضعه من كتب الفقه .

هذا عرض سريع لأراء الفقهاء في صور اختلاف عبارة العاقد ونيته ، أو اختلاف الإرادتين الظاهرة والباطنة والكلام فيها - كما ترى - يدور حول الجزئيات وإن كانت توجيهاتهم لأحكام تلك الجزئيات تصلح لأن تكون قاعدة عامة قابلة للتطبيق على ما ينطوي تحتها من جزئيات .

كقول بعضهم : إن العبارة صدرت من غير قصد فلا تعتبر ، لأن القصد أساس الإرادة .

وقول الآخرين : إن العبارة صدرت سليمة ممن كل عيب وهي المظهر الخارجي للعقد ، فيوجد العقد بوجودها ولا عبرة بما وراءها .

فالعبارة الأولى تدل على اعتبار الإرادة الباطنة والثانية تدل على اعتبار الإرادة الظاهرة .

وقد كان من السهل أن نأخذ قاعدة كل مذهب من أحكام جزئياته بعد

تتبعها في مواضعها لولا ما وجدناه من اختلاف الأحكام والتعليقات فبينما نجد
في بعض المواضع مع العبارة إذ تراه في أخرى مع النية والقصد .

فما سر هذا الاختلاف إذاً ، وما هو موقف تلك المذاهب من هذه المسألة ؟
وللجواب عن هذا التساؤل - ولكي يكون جوابنا أقرب إلى الصواب -
يجب أن نضع أمام أعيننا الحقائق الآتية :

أولاً : أن الشارع جعل أساس العقود المالية التراضي ، ففي القرآن « ولا
تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وفي
الحديث « لا يخل مال امرئ إلا بطيب من نفسه » .

ثانياً : أن الشارع وضع أمارات تدل على ذلك التراضي ، وهي صيغ
العقد من الألفاظ وغيرها واعتبرها مظهرة ودالة على ما في النفس .

ثالثاً : أنه جعل لبعض التصرفات وضعاً خاصاً فاعتبر صورته الخارجية حتى
ولو تبين أن الباطن يخالفها ، هذه التصرفات هي الزواج والطلاق ، والرجعة
والإعتاق ، واليمين . يدل لذلك حديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد »
الحديث وهذا يكون قد غمها بها منحي الإرادة الظاهرة ، من أجل ذلك اتفق
الفقهاء - إلا من شذ - على أن العبارة فيها بما يصدر من الشخص متى كان أهلاً
للمعبرة السليمة .

رابعاً : إن حديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
قد جعل لعقود المخطيء والناسي والمكره وضعاً يخالف غيرها من العقود ، أو
على الأقل جعلها موضع اجتهاد » واختلاف نظر ، فالحديث يخبر عن رفع أحكام
الخطأ الخ : لأن ذواتها لا ترفع بعد وقوعها .

وهذا يفيد أنه لا يترتب على عبارات هؤلاء حكم من الأحكام ، سواء

كانت دنيوية ، أو أخروية ، كما فهمه جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة وخالف الحنفية فقالوا ، إن المراد رفع الأحكام الأخروية ، وهي المؤاخذه والمعاقب ، وأما الأحكام الدنيوية فلم يعرض لها الحديث ، فبقيت مترتبة على عبارات هؤلاء .

خاصاً : إن الاستثناء من القواعد العامة أمر مقرر ومشروع فإذا كان حكم بعض الجزئيات المندرجة تحت القاعدة الكلية التي يخالف حكمها الكلي لدليل دل على ذلك لا يكون مطمئناً في نفس القاعدة .

وبناء على هذه الأسس نستطيع أن نقول : إن الشافعية يسيرون مع الإرادة الظاهرة ، ولا يلتفتون إلى ما وراءها ، ولا ينتقض قاعدتهم هذه ما قرروه في المخطيء والناسي والمكروه من عدم اعتبارهم لمبارتهم ، لأن الحديث لم يلزم واحداً منهم بآثار ما صدر منه . بل رفعها عنهم . لذلك كان قرارهم عاماً بالنسبة لجميع الموقود حتى الأمور الخمسة التي يستوي فيها الجد والمزل : فيكون الاستثناء الوارد على القاعدة بالحديث ، ولولاه لكان الحكم عاماً شاملاً ، ويمكن أن نوجه استثناءهم هذا بتوجيه آخر حاصله .

إنه ليس معنى اعتبار الإرادة الظاهرة أن تعتبر حتى ولو صدرت من الشخص من غير قصد ، وإلا لا اعتبرنا عبارة النائم والعبي غير المميز ، بل المراد أنها تعتبر إذا كانت صحيحة ، ولا صحة لها بدون قصد التلفظ بها على الأقل . والمخطيء لم يوجد منه قصد صحيح ، بل لم يوجد منه قصد إلى العبارة أصلاً بخلاف الهازل ، فإنه قصد العبارة والنطق بها ، وإن كان أراد بها شيئاً آخر .

وإذا كان كذلك فلا يصح أن يقال : إنهم تناقضوا في مسلكتهم - كما قيل - ثم إن هذا المذهب يظهر واضحاً في العبارات التي يريد بها أصحابها أغراضاً أخرى كما سبق تفصيله في الحالة السادسة .

هذا هو مذهب الشافعية ، ويقابله مذهب الحنابلة . فأنهم على العكس منه .
 يفتشون على النيات ، ويعملون لها الاعتبار الأول ، أما المبارات وحدها فلا
 وزن لها عندهم إلا في الزواج ، والاساس عندهم أنه متى دلت القرينة - لفظية
 أو حالية - على أن مراد العاقدین غير ما دلت عليه الألفاظ اعتبر ذلك .
 وأهدرت دلالة الألفاظ .

ووجهتهم في ذلك : أن الألفاظ ما هي إلا ترجمة لما في النفس من الأغراض
 والنيات ولا اعتبار لها إلا من هذه الناحية ، فلا بد إذاً من أن تكون موافقة
 لها ، فإذا ظهرت مخالفتها بقرينة من القرائن لم تكن معبرة عما جعلت دليلاً عليه
 فلا تعتبر .

والفرق بين المذهبين : أن الأول ينظر إلى العبارة السليمة ويعمل بمقتضاها
 ولا يلتفت إلى ما وراءها بما يحيف بها من قرائن تدل على خلاف ما دلت عليه ،
 وفي هذا يقول الإمام الشافعي في كتابه الأم ^(١) : « أصل ما أذهب إليه أن كل
 عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بمادة بين المتبايعين . وأجزته
 بصحة الظاهر ، وأكراه لهم النية إذا كانت لو أظهرت كانت تقصد البيع ،
 وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعة أن
 يبيعه ممن يراه أنه يقتل ظناً لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ،
 الخ عبارته ^(٢) .

(١) ص ٦٥ ج ٣ .

(٢) فهذه العبارة تفيد أنه يعتبر العبارة ويرتب عليها صحة العقود وإن كان يكره النية
 الحبيثة لكن في بعض كتب الشافعية المتأخرين ما يفيد أنهم يمتنعون من البيع في الغالب ، وقد
 يمتنعون للمنى دون الصيغة . ففي نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٨ وما بعدها في باب الوكالة والوكلاء
 يحمل - بناء على أن المبرة بصيغ المفرد هنا - جائزة . أي غير لازمة من الجانبين ، وقال الشيرازي
 في حاشيته : معنى ذلك أن الوكالة يأجر - إجارة في المنى ، والإجارة لازمة من الجانبين ، فهو
 نظر للمنى كانت لازمة وإن نظر للفظ ، وهو وكذلك كانت وكالة غير لازمة ، والراجع تغليب
 اللفظ فهي جائزة ، وقوله هنا إشارة إلى أنهم قد يغلبون المنى كالمبة بثواب فإنها بيع مع لفظ
 الهبة نظر للمنى ٨١ .

وأما المذهب الثاني « مذهب الحنابلة » فلا ينظر إلى العبارة إلا إذا لم يوجد ما يخالفها ، فإن وجد ما يخالفها سواء كان سابقاً على العقد ، أو مقارناً له اعتبر ذلك وألغيت العبارة .

وبين هذين المذهبين مذهب الحنفية والمالكية ، ولكن مذهب المالكية أقرب إلى مذهب الحنابلة في اعتبار الإرادة الباطنة ، وهذا هو المتفق مع اعتبارهم لسد الذرائع .

وأما مذهب الحنفية فهو أقرب إلى الإرادة الظاهرة منه إلى الباطنة ، ولولا اختلافات بين أئمتنه في بعض المسائل الجزئية ، يرى بعضهم فيها أن العبرة بالظاهر والبعض الآخر يرى العكس ، كما سبق في بعض مسائل الحالة السادسة ، من بيع العسير بمن يتخذه خيراً ، أو السلاح لمن يقتل به ، وأشباهها ، فإن أبا حنيفة يعتبر الظاهر فيها دون النية ، وأبو يوسف يرى عكس ذلك ، لولا ذلك الاختلاف لقلنا : إن مذهب الحنفية يسير مع الإرادة الظاهرة ، لأن أكثر تفرعاتهم تسير في هذا الطريق .

ألا ترى أنهم في التصرفات الحمسة تمسكوا بالعبارة واعتبروها حتى من المكروه مخالفين في ذلك الأئمة الآخرين ، وفي بيع العينة حكموا بالصحة على تفصيل واختلاف يسير أشرنا إليه في موضعه ، وفي زواج الحليل كذلك ، وفي المواضعة في الثمن في البيع ، والمهر في النكاح ، وبيع التلجئة . وفي الخطيء والناسي اعتبروا عبارتها ووثبوا الآثار عليها عكس ما قاله الشافعي وهو من أصحاب الإرادة الظاهرة .

التشريع الوضعي : هذا هو موقف رجال الفقه الاسلامي من الارادتين الظاهرة والباطنة ، وأما التشريع الوضعي ففيه مذهبان متقابلان ، كما يقول

الأستاذ السهوري في وسطه (١)

مذهب الإرادة الباطنة - وهو المذهب اللاتيني - يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس .

ومذهب الإرادة الظاهرة - وهو المذهب الجرمانى - يقف عند التعبير عن الإرادة ويعتبره هو الإرادة ذاتها . إذ التعبير هو المظهر الاجتماعي للإرادة ، والقانون إنما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية . هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادي الذي يقف عنده المتعاملون ويطمنون إليه في تعاملهم . على أن التقنيات اللاتينية لم تسلم من أثر المذهب الإرادة للظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر المذهب الإرادة الباطنة .

ثم أبان موقف التقنين المصري الجديد ، وأنه بقي في حظيرة التقنيات اللاتينية ، فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ

(١) ص ٨٣ وما بعدها .

والدكتور عبد الحى حجازي في كتابه « النظرية العامة للالتزام » ج ٢ ص ١٠٤ وما بعدها يقول في بحث الرضا : عند عدم اتفاق للتعبير مع الإرادة الباطنة ، وهنا أربعة مذاهب :

(١) مذهب الإرادة ، وهو في الفقه الفرنسى . وخلاصته أن المعتبر هو الإرادة الحقيقية ، والتعبير أو الإرادة الظاهرة لا اعتبار لها إلا إذا كانت متفقة مع الباطنة فإن خالفها ألغيت ،

(٢) مذهب التعبير وحاصل هذا أن الرضا يتكون بتقابل التعبير ولو كان أحدهما لا يتفق مع الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير ولو كان من تلقى التعبير قد فهمه بصورة لا تطابق الإرادة الحقيقية لمن أصدره

(٣) مذهب الثقة وخلاصته أنه يعتبر التعبير بشرط أن يعتقد من تلقاه أنه مطابق للإرادة الباطنة . فإن كان يعلم عدم مطابقته كان المقدم باطلا لعدم الثقة المتولدة من هذا التعبير

(٤) مذهب المسئولية وهو يعتبر الإرادة الحقيقية ، والمقدم يعتبر باطلا إذا خالف التعبير الإرادة إلا إذا كانت المضالفة نتيجة خطأ صاحب التعبير وكان التماقد الآخر يحيل ذلك فإنه يكون مسئولاً في اعتقاده المطابقة على ذلك يعتبر المقدم صحيحاً .

بالارادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل يؤخذ ذلك من المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٢٨ . وهي في تكوين العقد . وكذلك من المادة ١٢٩ وهي في تكوين العقد ، وكذلك من المادة ١٥٠ وهي في تفسيره العقد .

ويعد أن شرح ذلك شرحاً سهياً قال : والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الإرادة هو الإرادة الباطنة ، ولكن هذه الإرادة في بعض الأحوال تبناً لقتضيات الاستقرار في التعامل تتجسم في المظهر الذي اتخذ للتعبير عنها فتصبح هي الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هذا المظهر في نفوس المتعاملين .

وفي موضع آخر^(١) ، عند الكلام على التراضي ، يوضح هذا مرة أخرى فيقول عندما أورد المادة - ٨٩ - فأقداً ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي من أن المشروع أثر مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص - يقصد نص المادة ٨٩ .

وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة المحيلاً تماماً ، والواقع غير ذلك ، فقد رأينا أن

(١) ١٧١ وهامشها . ومع هذا فإن الدكتور عبد الحى حجازي في كتابه السابق ص ٤٤ وما بعدها يابى إلا أن يخالف الدكتور السنهوري ، فيتكلم عن المواد التي تفيد ذلك ويفردها مادة مادة مبيتاً رأي السنهوري فيها ، ثم يتعقب بيان رأيه المخالف ، وأن المادة لا تفيد ما استنبطه السنهوري منها . ثم يقول : من هذا نرى أنه ليس في هذه النصوص ما يدل على أن الشارع قد فضل الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، وكل ما تدل عليه هذه النصوص هي أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الإرادة إلى النهاية ، بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب في المعاملات . وبعد كلام طويل يقول : إذا ثبت ذلك نقول : إن القانون المدني الجديد لم ينحرف عن الباطنة إلى الظاهرة ، بل هو لا يزال يعتد كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك لم يغال غلوً كبيراً إذ يعتمد إلى جوار ذلك باعتبار اجتماعي هو الاستقرار الواجب للمعاملات . ولذلك يعتد بالباطنة بالقدر الذي لا يتعارض مع الاستقرار الذي يجب أن يسود المعاملات . وهذا يكون قد انتهى إلى ما انتهى إليه الدكتور السنهوري من قبل .

القانون الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ولم يمدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا المدول ١٨٠ .

الشروط المقررة بالصيغة وأثرها في العقد : كل عقد من العقود له أحكامه ونتائج المترتبة عليه ، ولا نزاع في أن العقد ينشأ ويوجد بإرادة المتعاقدين متى صدر عنها ما يدل على ذلك ، ولكن ترتب النتائج بإيجاب الشارع لا دخل للمتعاقدين في إنشائها فهو الذي شرع العقود ، ونظم آثارها ورتبها عليها ، حيث جعل كل عقد طريقاً إلى تحقيق أغراض معينة ، وأن كلمات الفقهاء تكاد تتفق على أن العقود أسباب فعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثاراً لها ^(١) .

وبناء على ذلك إذا صدرت الصيغة من المتعاقدين مطلقة من القيود سليمة من العيوب ترتبت عليها نتائجها التي حددها الشارع ، ولا يستطيع واحد منها أن يمنع من ترتب تلك النتائج كلها أو بعضها ، فإذا قال شخص لآخر : بمب لك داري بألف دينار وقال الآخر قبلت ، ففي هذه اللحظة تنتقل ملكية الدار للمشتري يتصرف فيها كيف شاء ، ويجب على البائع تسليمها له إذا سلمه الثمن ، وكذلك الحكم بالنسبة إلى الثمن وليس لواحد منها بعد ذلك أن يزيد في هذه الآثار أو ينقص منها .

ولكن في بعض الحالات يجد المتعاقدان أن هذه النتائج في جملتها غير محقة لأغراضها فيضطرون إلى التغير فيها إما بالزيادة ، أو بالنقص في أثناء العقد

(١) راجع أصول الفقه في الكلام على الملل الشرعية ومنها العقود ، كشف الأسرار ج ٤ وشرح المناج ٢ والمستصفي للفراسي ج ١ ص ٩٣ وما بعدهما في فصل الأسباب للشرعة ، والمواقفات للشاطيء الجزء الأول للمادة الرابعة من بحث الأسباب ص ١٩٤ وما بعدها .

فيزيد أحدهما في الصيغة قيداً على هيئة شرط يقبله الآخر، فيحد من أثر الصيغة الأصلية بالنسبة لأحدهما لحساب الآخر .

وهذه الرغبات التي يظهرها المتعاقدان أثناء العقد على هيئة قيود أو شروط^(١) لم يتركها الشارع تسير حسب أهواء المتعاقدين وشهواتهم فيختل بذلك نظام التعامل ويسهل تبديل الشروط، بل لاحظها وعنى بها فأباح لهم من الشروط أنواعاً تحقق رغباتهم ، ولا تتنافى مع مقتضيات العقود الأصلية ، ومنهم مما يعود على أصل العقد بالنقض ، أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها .

جاء ذلك في جملة نصوص من كتاب الله وسنة رسوله .

فالقرآن يوجب الوفاء بالعقود « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » كما أوجب الوفاء بالعهد « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً »^(٢) ، والشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر ، والاتفاق عليه والرضا به عقد وارتباط بين الطرفين فيكون مأموراً بالوفاء به .

وفي السنة القولية يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ، وفي حديث آخر يقول : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

وفي السنة العملية يروى « أن رسول الله اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيراً وشرط لجابر ظهره إلى المدينة » أي شرط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل إلى المدينة .

(١) والفقهاء يعرفون هذا للشرط : « بانه التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد » غز عيون البصائر العموي ج ٣ ص ٢٢٤ .
(٢) الاسراء - ٣٤ .

كما وردت نصوص أخرى في بعض الشروط الجزئية .

وأخيراً يروي بعض أصحاب السنن : أن رسول الله « نهي عن بيع وشرط » .
هذه جملة نصوص تفيد في مجموعها أن الشروط العقدية نوعان . مباح واجب
الوفاء به ، وآخر غير مباح عنه ، ولكنها لم تبين الحد الفاصل بين النوعين بياناً
قاطعاً .

ومن هنا اختلفت الاجتهادات الفقهية في هذا الأمر .

فمن الفقهاء من تمسك بظاهر بعض النصوص ، ووقف عندها لا يبيع للعاقدين
شيئاً من الشروط ، ولا يجعل لهذا الاشتراط حرمة إلا إذا ورد بالشرط دليل
خاص ، وهؤلاء هم الظاهرية أتباع داود الظاهري تمسكوا بظاهر حديث « كل
شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

وعلى عكس هذا نجد فريقاً آخر يذهب إلى أن للعقاقدين الحرية التامة في
الاشتراط حسبما يتفق وأغراضهم ، ولكن بشرط ألا يكون ذلك منهيًا عنه
بنص خاص ، أو يعود على أصل العقد بالنقض والإلغاء ، وهؤلاء هم الحنابلة
استندوا لحديث : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم
حلالاً » : فإنه يفيد بظاهره أن الأصل الإباحة كما هي قضية الاستثناء .

وبين المذهبين نجد جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية بتوسطون
في الأمر . فلا يشترطون في الإباحة ورود نص خاص ، كما ذهب الفريق الأول ،
ولا يعملون الأصل فيها الإباحة كما ذهب الفريق الثاني ، بل يعملون إلى أن الأصل
فيها هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء .

ومع هذا الاختلاف نجد اتفاقاً على أن الشروط المشروعة يجب الوفاء بها ،
والشروط غير المشروعة لا تجب الوفاء بها ، ولكن بعضها يقتصر فساد

على نفسه . فيصح العقد معه ويلغى الشرط ، والبعض الآخر يتعدى فسادَه إلى العقد ، فيفسد هو الآخر .

وهذا إجمال لا يغنى عن التفصيل ، وسنقتصر على تفصيل مذهبي الحنفية والحنابلة .

أما الحنفية فقد قلنا إن الأصل عندهم هو الخطر ، ولكنهم توسعوا في الاستثناء فاستثنوا أنواعاً من الشروط حكموا بصحتها ، وهي أربعة كما فصلوها في كتبهم ^(١) .

١ - الشرط الذي يقتضيه العقد . مثل اشترط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، واشترط المشتري رد المبيع إذا وجد به عيباً ، واشترط الزوجة على زوجها أن يتفق عليها . أو اشترطه عليها أن تسلم نفسها وتدخل في طاعته إذا قبضت المهر ، أو اشترطها أن يكون لها مهر مثلها إذا لم يتفقا على قسمية مهر معين ، فإن هذه الشروط لم تثبت شيئاً جديداً غير ما يقتضيه العقد ويوجبه ، لأن مضمونها ثابت واجب الوفاء به حق ولو لم يشترطه أحد المتماقين ، ولذلك نرى أن عد هذا النوع من ضمن الشروط ليس كما ينبغي ، فإن كلامنا في شروط تثبت شيئاً زائداً على ما يوجبه العقد ، أو تنقص منه .

٢ - الشرط المؤكد لمتنقضي العقد . مثل اشترط تقديم كفيل ، أو رهن بالثمن عند تأجيله ، واشترط وصف مرغوب في المبيع ، كأن تكون الأرض لها شرب أو مصرف ، فإن هذا يحقق لرغبة المشتري ورضاه بالعقد ، ومثل اشترط ولي الزوجة أن يكون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة .

٣ - الشرط الذي ورد به الشرع فيشمل ما ورد به نص خاص ، كاشترط الخيار لكل من المتبايعين ، واشترط تأجيل الثمن ، واشترط خيار الرؤية

(١) راجع المضبوط ج ١٣ ص ١٤ وما بعدها .

إذا لم يكن رأي المبيع عند العقد ، واشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ، وما ألحق به بطريق القياس ، كخيار التمين ، وخيار التقديرات ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر مما ورد به الشرع .

٤ - الشرط الذي جرى به العرف . مثل اشتراط المشتري على البائع أن يتمد بإصلاح الشيء المشتري مدة معينة من الزمان ، كالساعة والسيارة ، والمدياع « الراديو » وغيرها إذا جرى العرف بذلك ، ومثله اشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشتري .

وإذا لاحظنا أن العرف معتبر إذا لم يصادم : صاً ، أو ينقض قاعدة شرعية أمكننا أن نقول : إن اعتبار الحنفية للشرط العرفي يحمله قريباً من مذهب الحنابلة في التوسع في الشرط .

هذه هي الاستثناءات في المذهب الحنفي ، فإذا وجد شرط منها كان صحيحاً واجب الوفاء به ، وما عداها فهو شرط غير صحيح ، وهو إما فاسد أو باطل .

فالقاسد : هو ما لم يكن واحداً من الأنواع السابقة ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو لغيرهما ، مثل أن يشترط بائع الدار على مشتريها أن يؤجرها لفلان « شخص معين » واشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيه ، أو ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو ألا يطلقها أبداً ، أو أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً ، وما شابه ذلك من شروط .

والشرط الفاسد ملغى في جميع العقود لا يجب الوفاء به ، لكن فساده يتعدى إلى بعض العقود فيفسدها وهي عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والإجارة ، والقسمة والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح عن المال ^(١) .

(١) راجع تبين الحقائق للزليبي ج ٤ ص ١٣١ باب المتفرقات ، وجامع الفصولين ج ١ ص ٢ وما بعدها ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها في باب المتفرقات .

وفي غيرها من العقود يبقى العقد صحيحاً ، ويلغو الشرط وحده سواء كان العقد من عقود التبرعات ، كالصدقة والهبة ، والإعارة ، أو من عقود التوثيق كالوكالة والحالة والرهن ، أو الإسقاطات ، كالطلاق ، أو الإطلاقات . كالوكالة ، أو عقود المعارضات غير المالية كالزواج والخلع والطلاق على مال .

وإنما وجب إلغاء هذا الشرط ، لأن التزامه غير مشروع حيث لم يرد به نص ولا جرى به عرف . وهو في نفس الوقت مخالف لمقتضى العقد ، وإذا كان كذلك لم تكن له حماية شرعية فيلغو . وإنما فسدت المعاوزات المالية التي اقترنت بها ، لأن صحة العقود أساسها الرضا ، فإذا فات الرضا لم يكن العقد صحيحاً ، وهنا لما بطل الشرط فات معه رضا من اشترطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط . بخلاف العقود الأخرى ، فإنه لا موازنة فيها بين عوضين حتى يكون الشرط مقابلاً يجزء من العوض ، فقوات الشرط لا يفوت الرضا .

والشرط الباطل : هو ما خلا من الأوصاف الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما مثل ما إذا اشترط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً ، أو اشترط البائع على المشتري ألا يزرع الأرض مدة سنة . أو يزرعها زرعاً معيناً له أو يبيع له سيارته ويشترط عليه ألا يركب فلاناً ، أو يضمها في مكان خاص .
ومثل هذا الشرط لفو لا فائدة فيه فيلغو وحده ولا يؤثر في العقد بشيء بل يبقى العقد صحيحاً .

وأما الحنابلة فقد جعلوا الأصل في الشروط الإباحة ، فصححوا كل شرط^(١)

(١) راجع كشف القناع ج ٣ ص ٥٣ وفتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٦ وما بينهما . وإعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٨٨ وما بينهما . وكتاب الفروع ج ٣ ص ٦٠ ، وروى البخاري في-

فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد ، أو الذي ورد النهي عنه .

فمثال الأول : اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المشتري ، أو ألا يقرضه أو ألا يسكن فيه . وهذا الشرط يلفو وحده ، ويبقى العقد صحيحاً .

ومثال الثاني : اشتراط البائع على المشتري أن يؤجر الدار لفلان ، أو أن يهبه شيئاً ، أو أن يبيع له شيئاً معيناً ، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر . مستندين إلى حديث : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ، « د أو صفتين في صفقة » وهذا النوع من الشروط يفسد العقد معه أيضاً ، لأن النزاع في العقد الآخر يؤدي إلى النزاع في العقد الأصلي .

ومن ذلك أيضاً اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق امرأته الأولى أو اشتراطها أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً .

وما عدا هذين النوعين فهو صحيح ، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها من بلدها ، وقبل ذلك صح الشرط ووجب الوفاء به ، فإن لم يوف به كان لها أن تطلب الفسخ .

وبالجملة : فإن مذهب^(١) الحنابلة يعتبر - بحق - أوسع المذاهب الفقهية في إباحة الشروط فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين ، وفيه مسايرة العرف التجاري الحديث .

- صحيحه من قضاء عمر رضي الله عنه أن وجلا تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها، ثم نقلها فتقاضى إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذن يطلقنا ؟ فقال عمر « مقاطع الحقوق عند الشروط فلك ما شرطت ».

(١) أي فرق بين هذا المذهب وبين ما تقرره القوانين الحديثة . من أن كل شرط يشترطه المتعاقدان يعتبر صحيحاً ملزماً إلا ما يخالف النظام العام ، أو الآداب العامة ، أو النصوص القانونية الخاصة .

وما يلاحظ أن هذا المذهب لا يفرق بين عقد وعقد ، بل جعلوا عقد الزواج أول من غيره . بالوفاء بشروطه .

يقول ابن القيم في زاد المعاد^(١) ، في الصحيحين عن رسول الله أنه قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج » وفيها « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما في صحتها فإنها لها ما قدر لها » وفيها « إنه نهي أن تشترط المرأة طلاق أختها » ، وفي مسند أحمد « لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى » فتضمن هذا الحكم وجوب الوفاء بالشروط التي اشترطت في العقد إذ لم تتضمن تفسيراً لحكم الله ورسوله . وبعد أن بين بعض الشروط الواجب الوفاء بها . والتي لا يجب الوفاء بها ، والمختلف فيها قال : وتضمن حكمه صلى الله عليه وسلم بطلان اشتراط المرأة طلاق أختها ، وأنه لا يجب الوفاء به ، فإن قيل : فما الفارق بين هذا وبين اشتراطها ألا يتزوج عليها حتى صححت هذا ، وأبطلتم شرط طلاق الضرة . قيل الفرق بينهما : « إن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها ، وكسر قلبها ، وخراب بيتها ، وشتمة أعدائها ما ليس في اشتراط عدم نكاح غيرها » وقد فرق النص بينهما فقياس أحدهما على الآخر فاسد ، اهـ .

تنبه : تبين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى العقد تجعل الشرط فاسداً على كلا المذهبين ، ولكن الحنفية توسعوا في تفسير المنافاة - حسب ما يؤخذ من قريعاتهم - فكل ما يحد من آثار العقد - ولو كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين - يعتبر في نظرهم منافياً لمقتضى العقد ، والحنابلة لا يعتبرونه منافياً لمقتضى العقد ما دام ذلك غير مبطل للمقصود الأصلي من العقد ، بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من مقتضى العقد .

لأن مصلحة الماعد مصلحة للعقد نفسه ، فلو شرط البائع على المشتري ألا

(١) ج ٤ ص ٤

يباع ما اشتراه فإنه يكون مطلقاً المقصود الأصلي من العقد ، وهو الملك المبيع للتصرف . بخلاف ما إذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكني الدار ، أو زراعه الأرض ، فإنه لا يكون منافياً عندهم .

٣ - محل العقد

محل العقد هو ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، وهو يختلف باختلاف العقود ، فتارة يكون عيناً مالية ، كما في البيع والهبة والرهن وأخرى يكون عيناً غير مالية ، كما في الزواج ، فإن موضوعه المرأة ، وقد يقع العقد على منفعة مال ، كما في عقد الإجارة ، وقد يكون غير ذلك ، وسواء كان موضوع العقد هذا أو ذلك فلا بد من أن يتوفر فيه الشروط الآتية :

١ - أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، فإذا لم يكن قابلاً له لا يصح أن يرد عليه العقد ، ومن ثم يكون العقد باطلاً . فإذا كان وارداً على منفعة أو عمل يشترط أن يكون مما أباحه الشارع .

فالشيء الذي ليس مالا كالميتة ، والمال غير المتقوم ، كالخمر والختير في حق المسلم ، والمال المباح لا يصح أن يرد عليه بيع ولا هبة ولا وقف ولا وصية .

وكذلك المرأة المحرمة بالنسبة لشخص معين لا تصلح أن تكون محلاً لعقد الزواج ، والعمل المحرم كالقتل والسرقة ، وإتلاف الأموال لا يصح الاستئجار عليه .

والأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات والثلج لا تصلح أن تكون محلاً للرهن على الرأي الراجح ، لأن حكمه وهو حبس المهرن لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته لا تقبله هذه الأموال .

٢ - أن يكون موجوداً عند العقد ، أو متوقفاً وجوده في المستقبل حسباً تقتضيه طبيعة العقد . ف عقود البيع والهبة والرهن ترد على عين ، والعارية . والإجارة كلاهما يرد على منفعة ، وهي غير موجودة قطعاً وقت العقد . وإنما توجد شيئاً فشيئاً ، وعقد الاستصناع يرد على شيء غير موجود لكنه يوجد في المستقبل وكذلك عقد المزارعة والمساقاة .

وإذا كانت طبيعة العقود تختلف تبعاً لاختلاف محالها ، فهذا الشرط يختلف تبعاً لذلك الاختلاف .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المعلوم الذي يستحيل وجوده لا يصلح أن يكون محلاً للعقد سواء كان ذلك عيناً أو منفعة كما إذا تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفي ، فإن الميت لا يصلح أن يكون محلاً للعلاج ، أو تعاقد شخص مع عامل على حصاد زرع الذي احترق .

كما اتفقوا على أن محل العقد إذا كان منفعة لا يشترط وجودها عند العقد وإنما يشترط إمكان تحققها في المستقبل ، لأن طبيعة العقد لا تقتضي وجود محل عند التعاقد حيث إن المنفعة معدومة توجد شيئاً فشيئاً ولا يتصور وجودها دفعة واحدة .

واختلفوا فيما إذا كان العقد وارداً على عين مالية ، هل يشترط أن يكون المحل موجوداً في كل العقود ، أو أن ذلك شرط في بعضها فقط . أو لا يشترط ذلك بل يشترط عدم الضرر وهو ما لم يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً .

فالحنفية ومعهم الشافعية يشترطون أن يكون موجوداً في جميع العقود

لا فرق بين عقد معاوضة وعقد تبرع ، فلا يصح عندهم بيع المدوم ولاهبة ولا رهنة ، وكذلك ما لا يتيقن وجوده كاللبن في الصرع ، لاحتمال عدمه بأن يكون انتفاخا ، والحمل في بطن أمه ، لاحتمال أن يولد ميتا .

ولذلك تراهم يقررون في السلم « وهو بيع شيء ليس عند الإنسان حال العقد بثمن حال » : إنه مشروع على خلاف القياس والقواعد باستثناء الشارع بالنص .

والمالكية يشترطون ذلك في عقود المعاوضات فقط ، وأما عقود التبرعات كالهبة والوقف فيصح أن يكون المحل فيها معدوماً ، فإذا وهب ما ينتجة الشجر أو التخليل من الثمر صح ، ومثلها في ذلك الزمن ، ومع اشتراطهم وجود المحل في عقود المعاوضات فقد جوزوا بيع المدوم في الخضروات التي تظهر شيئاً فشيئاً ، كالباذنجان والبطيخ والخيار والشمام وما شاكلها ، لضرورة أنها لا تظهر دفعة واحدة ، فلو منع بيعها حتى توجد كلها لوقع الناس في الحرج .

والحنابلة وخصوصاً ابن تيمية وابن القيم لا يشترطون وجود المحل في أي عقد ، فيجوزون بيع المدوم ما دام خالياً من الغرر . على معنى أن يكون مقدوراً على تسليمه .

ومثلاً الخلاف هو الاختلاف في فهم حديث النهي عن بيع المدوم ، وحديث النهي عن بيع الغرر . فالحنابلة يقولون : إن النهي عن بيع المدوم ليس لذاته ، بل لما فيه من الغرر ، فيكون النهي دائراً مع الغرر ، وهو عدم القدرة على التسليم ، فإذا كان المدوم يحتمل وجوده مستقبلاً ويقدر على تسليمه حينذاك صح العقد عليه لاتقاء الغرر ، ولذلك لا يصح بيع الموجود الذي لا يقدر على تسليمه كالبحر الشارد ونحوه .

وغيرهم يذهب إلى أن الحديث الأول « نهى عن بيع المدوم » صريح في

النهي عن بيع المعلوم ، فلا يصح إلا ضرورة ، كما قال مالك في بيع الخضروات والفاكهة ، وحديث النهي عن بيع الغرر وارد في الموجود الذي لا يقدر على تسليمه ، كما في البعير الشارد والعبد الآبق .

والتشريع الوضعي في مجلته موافق للفقه الاسلامي بالنسبة لهذا الشرط كما جاء في المادتين ١٣١ ، ١٣٢ من القانون المدني الجديد .

وفي هذا يقول الدكتور السنهوري في وسيطه^(١) : يشترط أن يكون محل الالتزام شيئاً موجوداً وقت لشوء الالتزام ، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك

وفي موضع آخر^(٢) يقول : إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يجب أن يكون موجوداً ، وإذا كان محله عملاً ، أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكناً ، فإذا كان المحل مستحيلًا فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلاً ، ثم بين أن الاستحالة المبطلّة للعقد هي الاستحالة الذاتية ، الطبيعية إذا كانت سابقة على العقد ، ومثلها الاستحالة القانونية .

٢- أن يكون معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع والعلم به يتحقق بتعيينه بالإشارة ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه . وكذلك برؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه ، أو وحداته غير متفاوتة تفاوتاً يعتد به في عرف الناس ، ويتمين أيضاً بالوصف إذا كان مالا مثلياً ، وذلك ببيان جنسه ونوعه ووصفه . كقنطار من القطن جيزة ٣٠ رتبة جود مثلا أو أردب من القمح الهندي درجة نظافته ٢٣

وهذا الشرط موضع خلاف بين الفقهاء . فالشافعية شرطوه في جميع

(١) ص ٣٨٦ (٢) ص ٣٨٢

المعقود لا فرق بين عقود المعاوضات ، وعقود التبرعات ، والحنفية قصره على عقود المعاوضات المالية وغير المالية ، وصححوا عقود التبرعات مع الجهالة في محلها ، لأن الجهالة فيها لا تؤدي إلى النزاع .

وأما المالكية فقد شرطوه في عقود المعاوضات المالية ، فلا يصح عقد منها مع الجهالة في محله مطلقاً سواء كانت فاحشة أو يسيرة ، ولم يشترطوه في عقود التبرعات ، فتصح مع الجهالة وإن كانت فاحشة ، ولذلك صححوا الهبة بالبعد الآتي ، أو البعير الشارد ، لأن الجهالة فيها غير مفضية إلى النزاع .

وفي عقد الزواج توسطوا فشرطوا عدم الجهالة الفاحشة ، ولهذا صححوه مع الجهالة اليسيرة في المهر ، مثل ما إذا تزوجها على أثاث بيت فأت جهالته يسيرة ، فيرجع فيه إلى المتوسط ، ومنعوه بما فيه جهالة فاحشة كالحيوان الفار الذي لا يقدر صاحبه على تسليمه ، وعطلوا هذا بأن الزواج فيه شبهان ، شبه بالمعاوضات من ناحية اشتراط أصل المهر ، وشبه بالتبرعات والاحسان من ناحية أن المقصود من دفع المهر هو المودة والألفة ، فلم يكن المهر عوضاً من كل وجه (١) .

(١) وفي هذا يقول القرافي في فروقه في الفرق الرابع والمشرى بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والفرق ، وقاعدة ما لا تؤثر فيه ذلك من التصرفات ، وردت أحاديث صحيحة في نهي عليه السلام عن بيع الثور وعن بيع الجهول واختلف العلماء بعد ذلك ، فمنهم من حمله في التصرفات كلها وهو الشافعي ، ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة ما يمتنع فيه الثور والجهالة وهو باب المأكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها . وقاعدة ما لا يمتنع فيه الثور والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك وانقسمت التصرفات عنده إلى ثلاثة أقسام طرفان بواسطة ، فالطرفان أحدهما . معاوضة صرفة ، فيمتنع فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ، وثانيهما . ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنسية المال ، بل إن فاقته على من أحسن إليه به لا ضرر عليه ، فانه لم يبدل شيئاً ، بخلاف القسم الأول إذا فات بالثور والجهالات ضاع المال المبذول في مقابله ، ففقدت حكمة الشارع منع الجهالة فيه ، وأما الاحسان الصرف

والتشريع الوضعي اشترط التعيين أيضاً ، ولكنه تجاوز عن الجهالة اليسيرة
فيا إذا كان المحل غير معين بالذات ، فتراه في المادة ١٣٣ يقول :

(١) إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه
ومقداره وإلا كان العقد باطلاً .

(٣) وكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن المقدم ما يستطيع به
تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم
يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي ظرف آخر التزم المدين أن يسلم
شيئاً من صنف متوسط .

وهنا يقول الأستاذ السهوري : ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل
أن يكون معيناً ، أو قابلاً للتعيين^(١) .

٤ - أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد وهذا في المعاوضات المالية
بالاتفاق ، وفي عقود التبرعات خلاف مالك أيضاً ، وعلى هذا الشرط لا يجوز

فالملطوب للتوسعة فيه فيصح بالعلوم والمجهول ، فإذا وهب له عبده الأبقى جاز أن يعبده فينتفع
به ، ولا ضرر عليه أن لم يعبده ، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم الأقسام كلها ، بل وردت
في البيع ونحوه .

وأما الوساطة بين الطرفين فهو التكاح ، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً وإنما مقصوده
المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ومن جهة أن صاحب الشرع
اشتراط له المال بقوله تعالى « أن تبنتوا بأموالكم » يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه ،
فإن وجود التشبين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير ، فيجوز على عبس من غير
تعيين ، ولا يجوز على العبد الأبقى ، لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف ، والثاني ليس له
ضابط فلمتنع ، وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً ، لأن المصصة
وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير عوض كالمبة ، ثم
قال ولقنه مع مالك رحمه الله ١٠ ملخصاً .

(٢) الوسط من ٣٨٧ .

لإجارة المصوب من غير الغاصب ، كما لا يجوز بيعه من غيره لأن مالكه عاجز عن تسليمه ، ولا يجوز بيع الحيوان الفار ، ولا الصيد بعد قراره سواء كان حيواناً أو طيراً أو ممكناً للعجز عن التسليم .

وظاهر مصلك القانون المدني ، أنه لا يشترط هذا الشرط ، بل أن الدكتور السنهوري في بحث محل الالتزام عد الشروط ثلاثة فقط وليس هذا الشرط منها^(١) .

(١) راجع الوسيط في شرح المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ .

٤ — العاقد

إذا كان العقد لا يتصور وجوده من غير عاقد يصدر عنه والعاقد لا يكون إلا إنساناً ، وليس كل إنسان يصلح لأن يكون عاقداً ، بل الأمر — حسب الواقع المشاهد — مختلف ، فمن الناس من لا تصلح عبارته لشيء أصلاً ، ومنهم من تصلح عبارته صلاحاً مطلقاً ، ومنهم من هو وسط بين النوعين ، فتصلح عبارته لنوع من التصرفات دون نوع آخر ، أو هي صالحة في ذاتها ولكنها قاصرة فتحتاج إلى ما يقويها .

لذلك كان لا بد وراء الإنسانية من شيء آخر يجعله صالحاً لأن يكون عاقداً هذا الشيء هو المعبر عنه بالأهلية ، ثم أن مجرد وجود المباشرة الدالة على إنشاء العقد لا تجعل نافذة المفعول تترتب عليه الآثار ، بل لا بد من صفة أخرى يتوقف عليها نفاذ العقد شرعاً ، هذه الصفة هي المسماة بالولاية عند الفقهاء .

فلا بد إذا لوجود العقد شرعاً وترتب آثاره عليه من وجود عاقد له أهلية وولاية ، وهذا يدعونا إلى الكلام على الأمرين « الأهلية والولاية » .

أما الأهلية: فمنها في اللغة الصلاحية. يقال: فلان أهل لهذا العمل. أي صالح له وجدير به .

وفي اصطلاح الفقهاء هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن يثبت له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، ويصح منه التصرفات .

والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص ، بل قد يثبت له منها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه وعقله ونقصانه ، وهي تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عندما يصل إلى درجة الكمال فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة ، وكلما قل نقصه زادت أهليته .

فأول مراحلها ثبوت الحقوق له ، ثم ثبوت الحقوق عليه ، ثم صحة بعض التصرفات ثم صحة كل تصرفاته وتحمله للمسئوليات ، ولهذا قسمها الفقهاء إلى قسمين : أهلية وجوب . وأهلية أداء ، وكل منها إلى قسمين ناقصة وتامة .

فأهلية الوجوب : صلاحيتها لأن تجب له الحقوق ، وتجب عليه الواجبات أو هي صلاحيتها للالتزام والالتزام .

ومناطق هذه الأهلية عند الفقهاء هو الذمة ^(١) وهي صفة اعتبارية اعتبرها

(١) فسر القراني المالكي الذمة بتفسير آخر في كتابه الفرق ج ٣ ص ٢٢٠ وما بعدها في الفرق - ٨٣ - بين الذمة وأهلية التصرف .

حيث قال . إنها معنى شرعي مقدور في المكلف قابل للالتزام والوزم ، وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد ، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له ، ومنها ترك الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط وتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرض الجنائيات وأجر الإجازات وأثان للمعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل إلزامه إذا التزم أشياء اختيارياً من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى الثابت للالتزام والتزام ، ثم قال : وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة .

ثم قال : « وأما أهلية التصرف فحقيقتهما عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في الحل وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا ، وعند الشافعي التمييز مع التكليف ، وأخيراً يقول : فكل من أهلية التصرف والذمة معنى مقدور في الحل غير أن الأول لا إلزام ولا التزام فيه ، والثاني فيه ذلك ، والذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف بخلاف أهلية التصرف فيها خلاف .

والذي يظهر لي من هذا الكلام أن مراده بأهلية التصرف هو ما أرواه الحنفية بأهلية الأداة

الشارع في الشخص تجعله أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه ، ولذلك يقال : في ذمة فلان كذا من المال ، والذمة تثبت للشخص باعتباره إنساناً ، فكلما تحققت الإنسانية وجدت الذمة ووجدت معها أهلية الوجوب ؛ ومن هنا تثبت للجنين قبل أن يولد كإسقاطي بيانه .

وهذه الأهلية نوعان . ناقصة وكاملة : فالناقصة هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له . والكاملة هي صلاحيته للوجوب له وعليه .

أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع ، ومناط هذه الأهلية التمييز والعقل .

وهي أيضاً نوعان : ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل ، فإن كان تمييزه تاماً وعقله كاملاً كانت أهلية أدائه كاملة .

والأهلية بنوعها ، أو بأنواعها الأربعة لا تثبت للإنسان مرة واحدة . بل تثبت له شيئاً فشيئاً . وأول ما يثبت له أهلية الوجوب الناقصة ، ثم أهلية الوجوب الكاملة ، ثم أهلية الأداء الناقصة ، ثم الكاملة . هذا إذا كانت حياته سائرة في طريقها الطبيعي ولم يعرض لها عارض من عوارض الأهلية الآتي بيانها .

ومن هنا انقسمت حياة الإنسان بالنسبة لثبوت أنواع الأهلية إلى مراحل

==الناقصة ، وما أرادته بالذمة هو ما أرادوه بأهلية الأداء الكاملة. أقول يظهر من كلامه هذا من غير قطع بذلك لأنه قال في أول الفرق : إنها يحتمل في الحر البالغ الرشيد . وتنفرد الذمة في العبد البالغ . وتنفرد أهلية التصرف في الصبي المميز عيونا وعند أبي حنيفة وأحمد ، لأن تصرفه صحيح ينفذ بإجازة الولي خلافاً للشافعي فإنه لا يصح عنده حتى ولو أجازة الولي ؛ لأن كون العبد البالغ كامل الأهلية على نظر .

أربع : ١ - مرحلة كونه جنيناً ٢ - مرحلة الطفولة وعدم التمييز ٣ - مرحلة التمييز ٤ - مرحلة البلوغ مع الرشد .

ففي المرحلة الأولى : يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له ، لأن إنسانيته ليست كاملة ، بل هو إنسان من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه يتغذى بفذاء أمه ويتحرك بتحريكها ، ويتنقل بتنقلها لا يعتبر إنساناً مستقلاً ، ومن حيث إنه على وشك الانفصال عنها يعتبر إنساناً مستقلاً فمراعاة لثاقتين يثبت له بعض ما يثبت للإنسان وهو ثبوت بعض الحقوق وهي :

١ - النسب من أبويه - ٢ - الميراث إذا مات أحد مورثيه . فيوقف له أكبر النصيبين من نصيب الذكر والأنثى - ٣ - استحقاقه لما يرص له به أو يوقف عليه ، وما يثبت له من ذلك لا تكون ملكيته نافذة ، بل تتوقف على ولادته حياً ، فإذا ولد ميتاً رد ذلك إلى أصحابه المستحقين له ، وإن ولد حياً ثبتت له ملكية مستندة إلى وقت ثبوتها بأثر رجعي .

وفي المرحلة الثانية : التي تبدأ بعد الولادة مباشرة ، وتستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغه السابعة من عمره ، وفي هذه يصبح إنساناً مستقلاً فتكمل أهلية الوجوب عنده ، فتجب له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، فإذا بيع له أو وهب له ملك ، ووجب عليه العوض في المعاوضات .

وإنما الذي يتصرت عنه وليه أو وصيه ، وتلتزمه هذه التصرفات ، ما دامت في حدود الولاية ، وآثارها لازمة له أيضاً ، فإذا زوجه وليه لزم المهر في ماله وكذا نفقة الزوجة ، ولا يستطيع أن يتخلص من ذلك بعد ما ثبت له أهلية الأداء ، وهكذا كل الحقوق المالية سواء كانت عوضاً كنفقة الزوجة أو صلة كنفقة الأقارب . أو مئونة كالخراج فإنه مئونة الأرض نظير المحافظة عليهما وتسهيل زراعتها بشق الترع وإصلاح الأنهار . وغيرها من المنافع العامة ، ومثله

أيضاً العشر ، لأن جانب المثونة فيه أرجح من جانب المبادأة ، ويجب في ماله أيضاً ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال ، فإذا أتلف لإنسان مالا وجب مثله في ماله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

أما مرحلة التمييز ، وهي تبدأ بعد سن السابعة إلى البلوغ والعقل .

ومعنى التمييز أن يصير بحالة يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضرر ، ويعرف معاني الألفاظ ، والمقصود منها إجمالاً ، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ويدخله في ملك غيره ، والشراء بالعكس .

والتمييز ليس له وقت محدد ، فقد يأتي مبكراً ، وقد يتأخر ويعرف بآثاره التي تبدو في تصرفات الطفل ، وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة ، ولذلك لم ينط الشارع أحكام التمييز بحقيقة التمييز لأن الأحكام تضطرب حينئذ .

من أجل ذلك جعل الشارع سناً معينة لتكون مبدأ التمييز وثبتت عندها الأحكام فاعتبر تمام السابعة هو الوقت الذي يعتبر فيه الطفل مميزاً ، وهذه السن في الغالب يميز فيها الطفل متى كان في حالة طبيعية .

وفي هذه المرحلة تبتدىء أهلية الأداء فتثبت له أهلية الأداء الناقصة ليعمرن على التصرفات ، ولكن تصرفاته تكون تحت رقابة من له الولاية عليه ، لأن قصور أهليته يحمله محتاجاً إلى ما يكمل أهليته ، ومن هنا قسموا التصرفات بالنسبة إليه إلى ثلاثة أقسام^(١)

١ - تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وهذه تصح منه وتنفذ ، ولا تحتاج إلى شيء آخر من إذن ولي أو غيره ، لأنها خير على كل حال ، مثل قبول الهبة ، والوصية والوقف وما شاكل ذلك .

(١) والمادة ٩٦٧ من المجلة المدنية المعمول بها في لبنان تقسمها إلى هذه الأقسام الثلاثة لأنها مأخوذة من مذهب الحنفية .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهذه لا تصح منه ، بل تقع باطله ولا تنفذ حتى ولو أجازها الولي أو الوصي . لأن الوصي لا يملك إنشاء هذه التصرفات ابتداءً . حيث إن تصرفاته مقيدة بما لا يضر بالصغير ، ومن ذلك الهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات والطلاق والكفالة بالدين .

٣ - تصرفات دائرة بين النفع والضرر بمعنى أنها تحتل الأمرين كالبيع والشراء والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالدين .

وهذه التصرفات تصح ^(١) من الصبي المميز ويتوقف نفاذها على إجازة الولي .. أما صحتها فباعتبار ماله من أصل الاهلية ولاحتيال أنها نافعة ، وأما توقفها فللقصور أهلية الصبي ، ولا حتماً لها الأمرين . فإذا أجازها عرفنا أن جهة النفع راجعة ، وإذا رفضها عرفنا أنها بالمعكس .

وينبغي هنا ملاحظة الأمور الآتية .

الأول : أن المعتبر في هذا النوع الثالث هو طبيعة العقد دون نظر إلى واقعة معينة . فإذا باع الصبي عقاره بأضعاف قيمته ، أو اشترى بنصف القيمة توقف العقد على الإجازة ولا ينظر إلى ما فيه من نفع ظاهر ، لأن الشأن في هذه العقود أنها تحتل الأمرين ، ولربما كان البيع بضعف القيمة في واقع الأمر ضرراً ، كما إذا

(١) يوافق الحنفية في صحة تصرفات الصبي المميز المالكية كما في الفروق للقرافي . راجع الفرق - ٨٣ - ج ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها ؛

وكذلك الحنابلة كما في كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٩ ؛

وبناء على هذا جازوا لوليّه أو للقاضي أن يأذن له بالتجارة ليتدرب على التعامل إلا أنت الحنابلة قيده بما أذن له فيه فقط ، والحنفية قالوا : لا يتقيد فإذا أذن له بالتجارة في نوع خاص كان له أن يتاجر فيه وفي غيره ، لأن الإذن إطلاق ووقع المحجر عنه وهو لا يقبل التقييد ؛

كان الصغير محتاجاً إلى نفس المبيع مثلاً ، أو احتمال أن يأتي عليه زمن ترتفع قيمته فيه أكثر مما يبيع به .

الثاني : أن الإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان المميز يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداءً ، فإذا لم يكن يملك ذلك ابتداءً لا تكون إجازته صحيحة .

مثلاً الولي أو الوصي لا يملك ابتداءً أن يبيع مال الصغير بفن فاشح ، ولا الشراء كذلك ، فإذا كان عقد الصغير المميز كذلك لم يملك الولي إجازته . لأن ما لا يملكه ابتداءً لا يملك إجازته ، فيقع العقد باطلاً من أول الأمر ، كالصرفات الضارة ضرراً محضاً .

الثالث : أن الصرفات الموقوفة على إجازة الولي إذا بقيت معلقة لم يبت فيها الولي بقبول أو رفض حتى يبلغ الصبي وكملت أهليته انتقل إليه حق إجازتها لأنه يبلوغه يستقل في تصرفاته ، فله أن يحيزها وأن يرفضها .

أما الصرفات التي بت فيها الولي بإجازة أو رفض فلا يملك فيها شيئاً لأن التصرف قد نفذ حال الإجازة أو بطل حال الرفض ، وإذا بطل لا يقبل إجازة بعد ذلك ، وكذلك الصرفات التي وقعت باطلة من أول الأمر لا يملك إجازتها بعد البلوغ لما قلنا .

الرابع : إن الإجازة اللاحقة للتصرف تصير كالأذن السابق ، فينفذ التصرف مستنداً إلى وقت التصرف ، فلو تزوج الصبي المميز بدون إذن وليه ثم أجازته الولي نفذ من حين العقد وترتبت عليه آثاره من هذا الوقت ولورده بطل من حين العقد أيضاً .

وأما مرحلة البلوغ والرشد ، وهي المرحلة التي يكون فيها الجسم والعقل أقرب إلى التام فيكمل للشخص فيها أهلية الأداء بالاتفاق إذا بلغ رشيداً .

والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت وأدنى سن يصدق وجودها فيها اثنتا عشرة سنة في الغلام ، وتسع سنوات في الفتاة ، فإذا ادعى غلام أنه بلغ باحتلام وكانت سنه اثني عشرة سنة ، ونغاه جسمه يحتمله صدق في دعواه . وإن كانت سنه أقل منها لا يصدق ، وكذلك الفتاة بعد تسع سنوات ، وإن لم يوجد شيء من العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن ، فمتى بلغ خمس عشرة سنة حكم ببلوغه سواء كان ذكراً أو أُنثى وهذا التقدير عند جمهور الفقهاء (١) منهم صاحبان والإمام الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة (٢) .
وأبو حنيفة قدرها في المشهور عنه بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة ، والإمام مالك قدرها بسبع عشرة سنة لها ، كما في تفسير القرطبي (٣) .

والشارع جعل البلوغ أمانة على كمال العقل وتسام التمييز وإن كان العقل يكمل والتمييز يتم عند بعض الأفراد قبل البلوغ ، وقد يتأخر ذلك عن البلوغ عند البعض ، ولكن الغالب أن ذلك يتحقق عند البلوغ ، والتشريع عام فلا بد أن ينطبق بشيء ظاهر مضبوط ، لأن إناطته بحقيقة تمام العقل والتمييز - وهو يختلف باختلاف الأفراد والبيئات - يؤدي إلى اضطراب التكليف .
وأما الرشد : فهو في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال .

وعند جمهور الفقهاء : هو حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية وإن كان فاسقاً من الوجهة الدينية (٤) : وهذا الرشد قد يأتي مع البلوغ . وقد

(١) والدليل على ذلك ما رواه الهامة عن ابن عمر قال : عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يحزني وعرضت عليه يوم الحندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني منتقياً الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٠ .
(٢) راجع تحفة البحر الرائق ج ٨ ص ٩٦ .
(٣) ج ٥ ص ٣٧ .

(٤) هذا هو مذهب الحنفية ويراقهم الإمام مالك ، ففي بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤٣ ان مالكا يرى ان الرشد هو تمييز المال واصلاحه فقط ، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين ، والمادة ٩٤٧ من مجلة المدلية تنص على أن : الرشيد هو الذي يتقيد بمحاطلة ماله ويشترط من الاسراف والتبذير .

بتأخر عنه كثيراً أو قليلاً ، وقد يتقدم على البلوغ ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ ، فإذا بلغ رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله باتفاق الفقهاء ، وإن بلغ غير رشيد بقيت الولاية عليه ، ولم تكمل أهليته ، وبقيت أمواله تحت يد وليه أو وصيه كما كانت عند جمهور الفقهاء ولا ترتفع الولاية عنه حتى يتحقق رشده وقد أخذت المجلة العدلية بهذا الرأي في المادة - ٩٨٢ .

وخالف أبو حنيفة في هذا . وقال إذا بلغ عاقلاً غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه ، ولكن أمواله لا تسلم اليه عن سبيل الاحتياط والتأديب لا على سبيل الحجر عليه ^(١) ، لأنه لا يرى الحجر على السفیه وهذا المتع عنده مؤقت ينتهي بأحد أمرين . إما بالرشد بالفعل ، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة ، فإن رشد قبلها سلم إليه المال ، وإن لم يتحقق رشده سلم اليه إذا بلغ هذه السن .

وجهور الفقهاء لم يحددوا للرشد سناً معينة ، لأنه تابع لتربية الشخص واستعداده فقد يأتي مبكراً وقد يتأخر ، ولأن النصوص لم تحدد ذلك ، بل أناطت تسليم المال اليهم بمجموع الأمرين البلوغ وإيناس الرشيد في قوله تعالى « وابتلوا النيامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » ^(٢) .

ثم إن اشتراط الرشيد لتنفيذ تصرفاته إنما هو بالنسبة للتصرفات المالية التي يكون الصفه فيها سبباً للحجر عليه ، وأما غير ذلك من التصرفات كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ مع العقل .

وإذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد للرشد سناً معينة ، فليس فيها ما يمنع

(١) راجع رد المحتار ج ٥ ص ١٤٤ كتاب الحجر .

(٢) النساء - ٦

التحديد ، ولكنها تركته لأولى الأمر يحددونها حسباً تقضي به المصلحة تبعاً لاختلاف البيئات وسهولة المعاملات وتمتعها .

ولقد حدد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال السن التي تنتهي عندها الولاية والوصاية على القاصر بأحدى وعشرين سنة^(١) كما جاء بالمادة ١٨ ، والمادة ١/٤٧ ، فيصبح الشخص بعدها رشيداً ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وقرر أن القاصر « غير الرشيد » ليس له أهلية التصرف في المال إلا فيما يرضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . مادة (٦١) كما أنه جعله أهلاً للتصرف فيما يعكسه على عمله من أجر أو غيره إذا بلغ السادسة عشرة ولم ترد المحكمة تقييده في التصرف بشيء . مادة ٦٣

وقد منع هذا القانون تسليم مال القاصر إليه إلا إذا بلغ الثامنة عشرة وأذن له الولي في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بإشهاد رسمي لدى الموثق أو أذنت له المحكمة بعد سماع أقوال الوصي ، المادتان ٥٤ ، ٥٥

ولقد كانت سن الرشد معددة بذلك من قبل في قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، والقانون المدني الجديد .

وفائدة هذا التحديد تظهر في أن الشخص لا يقبل منه إثبات الرشد قبل ذلك ولا يحتاج عند بلوغه إلى إثباته بالدليل ، ويرفع عنه الحرج إلا إذا ثبت سفيه بعد بلوغها فإنه يحجر عليه حرجاً قضائياً .

ويتلخص مما تقدم أن أهلية الوجوب ثابتة لجميع الأشخاص لا فرق بين رشيد وغير رشيد ، ولا بين مميز وغير مميز ، وأنها لا علاقة لها بإنشاء التصرفات وأن أهلية الأداء الكاملة تثبت للبالسخ العاقل الرشيد ، فإذا لم يكن رشيداً

(١) قد يستأنس في هذا التحديد بما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : لأحب ولدك سبياً ، وأدبه سبياً ، وصاحبه سبياً ، ثم أتركه جبلة على غاريه ؛

كانت أهليته ناقصة ما دام مميزاً سواء كان بالغاً أو غير بالغ ، ومن لا تمييز عنده لا أهلية له حتى ولو بلغ مائة سنة ، ومن هنا تكون أهلية الاداء مستلزمة لأهلية الوجوب ولا عكس .

والقانون المدني الجديد بن ذلك في المواد ٤٤، ٤٥، ٤٦ .

فبادة - ٤٤ (١) كل شخص بلغ سن الرشد متممناً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل أهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

(٢) وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة

مادة - ٤٥ (١) لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

(٢) وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

مادة - ٤٦ (١) كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

عوارض الأهلية

تحت هذا العنوان يتكلم علماء الأصول على أمور كثيرة تعرض للإنسان فتؤثر في أهليته إما بالنقص ، أو بالإبطال وقسموها إلى عوارض سماوية ، وهي التي لا تدخل للإنسان فيها كالجنون مثلاً ، ومكتسبة وهي التي للإنسان دخل فيها كالسكر والسفه ، ولكنهم توسعوا فيها فعدوا منها منها الصغر مع أنه ليس عارضاً ، بل يولد الإنسان صغيراً ، كما عدوا أشياء لا تؤثر في الأهلية بالنسبة إلى الماملات ، وإنما يقتصر تأثيرها على بعض العبادات المكلف بها الشخص ، فيسقطها عنه أو يؤخرها إلى وقت آخر كالنفاس والسفر ، وتبع هذا التوسع أن صرحوا بأن تلك العوارض تعرض للأهليتين . كالموت فإنه يعرض لأهلية الوجوب فيمنعها ، والنوم والإغناء وغيرها فإنها تعرض لأهلية الاداء ولا تؤثر في أهلية الوجوب .

كما تبع ذلك أيضاً أن تكلفوا في تفسير العوارض ، فقالوا : إن المراد بها الصفات غير الذاتية للإنسان سواء كانت طارئة ، أو غير طارئة ، مع أن للتبادر منها أنها الأمور الطارئة .

ولكننا ونحن بصدد الكلام عن أهلية التعامل لا يعنيها إلا معرفة الأمور التي تعرض لأهلية الاداء التي هي أساس التعامل .

وقد عرفنا أن هذه الأهلية تكمل إذا بلغ الشخص عاقل رشيداً ، وعندها تكون كل التصرفات التي تصدر من صاحبها صحيحة معتبرة في نظر الشارع . ولكن قد يعرض لصاحب الأهلية عارض يؤثر فيه ، وبمقدار تأثير ذلك العارض في مناط الأهلية — وهو العقل — يكون تأثيره في الأهلية ذاتها . فلو أن أعدم

العقل . أو عطله تعطيلاً تاماً كان أثره في أهلية صاحبه تاماً كذلك فيعدمها وإن لم يعدم العقل ولكنه أدخل به إلى حد ما يكون تأثيره في الأهلية كذلك ، فيصيرها ناقصة بعد أن كانت تامة ، وقد لا يؤثر في العقل فلا يؤثر في الأهلية ولكنه يحذف من تصرفات الشخص . محافظة على ماله إما لمصلحته ، أو لمصلحة غيره .

والعوارض التي تعدم الأهلية : هي النوم والإغماء والجنون بالاتفاق . والسكر على الخلاف ، وأما العته فينقصها ، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت لا تؤثر فيها إلا أنها توجب الحد من تصرفات صاحبها لمصلحته كما في السفه والغفلة ، أو لمصلحة غيره كما في الدين ومرض الموت .

وأما النوم : فهو فتور طبيعي يعترض الإنسان في فترات منتظمة ، أو غير منتظمة لا يزيل العقل بل يعطله ، ولا يزيل الحواس الظاهرة . بل يعطلها ، وعبارات النائم لا اعتبار لها على الإطلاق .

وأما الإغماء : فهو مرض في القلب ، أو الدماغ يعطل القوى المحركة للإنسان أو القوى المدركة فيه ولا يزيل العقل ^(١) ، وهو يشبه النوم في أنه كلاهما يعطل العقل ، والقوى الظاهرة ، ويفترقان في أن النوم عارض طبيعي ، والإغماء غير طبيعي ، لذلك كان حكمها واحداً من ناحية تأثيرهما في التصرفات . فكل عبارات المغمى عليه ملفاة لا تعداد القصد عنده .

وأما المجنون : فهو اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للمراقب ، فتمطل أفعالها ، ولا تظهر آثارها .

وسواء أكان مطبقاً « مستمراً » أم غير مطبق « متقطع » فهو معدوم للأهلية

(١) السعد في التفریع ص ١٦٧ ج ٣ .

فلا يصح منه تصرف أصلاً في حالة جنونه ، وأما ما يصدر منه وقت الإفاقة في الجنون ألتقطع فإنه صحيح ، ما دام عقله سليماً^(١) .

وأما العته : فهو آفة توجب خللاً في العقل ، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعضه كلام المجانين ، وكذا سائر أموره^(٢) .

والعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية ، بل يكون عند صاحبه بقية منه . وعلى هذا تكون أهليته ناقصة كالصبي في دور التمييز ، وقد تقدم تفصيل ما يصح منه وما لا يصح .

هذا هو الأصل في حد العته ، ولكن بعض العلماء يرى أن العته نوعان ، عته تام وآخر غير تام . والأول يأخذ حكم الجنون لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن ، والثاني يأخذ حكم الصبا مع التمييز .

وأما السكر : فهو حالة تمرض للانسان من امتلاء دماغه من الأبخرة

(١) والجنون أنواع مختلفة ، لأن الاختلال إما أن يكون لتقصان جبل عليه في أصل الخلقة . وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان وإلقاء الشياطين الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سبباً ، فهو أنواع ثلاثة ، فالأول منه لا يمكن علاجه ، لأنه خلقي كلسان الأخرس ، وبعين الأكمه ، والثاني يعالج بالأدوية ، وفي هذين النوعين يزول العقل بيقين للفساد الأصلي ، أو الطارئ . وأما الثالث فيسمى صاحب محسوساً وموسراً . وهذا النوع يعالج أيضاً ، ولكنه لا يحكم بزوال العقل فيه . راجع كشف الأسرار ج ٥ ص ١٢٨٣ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٢٩٢ .

التصاعدة إليه ، فتعطل منه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقيصة ^(١) .

والسكر إما مباح كالحاصل من الأدوية ، أو الأثرية المباحة ، وإما حرام ، كالحاصل من الخمر وما في معناها ، وقيل إن السكر يذهب العقل والصحيح أنه لا يذهبه ، بل يغطيه بالكلية بدليل بقاء تكليفه ، ولا تكليف إلا مع العقل ، وعلى كلا الرأيين لا يكون للسكران إرادة ولا قصد .

ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى أن عبارته لا تعتبر أصلاً في أي عقد من العقود .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بباع ، والسكر بمحرم ، ففي النوع الأول لم يمحوا لعبارته اعتباراً ، وفي النوع الثاني اعتبروها زجراً له وعقاباً على تسببه في الإخلال بعقله ، وقد سبق تفصيل هذا الرأي ومناقشته .

وأما السفه : فهو خفة تفتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل ، ويراد به هنا : عدم الاحسان في تصرفاته المالية ، فينفقها على خلاف مقتضى الشرع والعقل ^(٢) فالسفيه ينفق المال من غير نظر وروية في العواقب

(١) وقيل السكر هو سرور يغلب على العقل مباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله ، ولهذا بقي السكران أهلاً للخطاب ، وقيل هو غفة تلحق الإنسان مع فتور في الأعضاء مباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض ولا علة ، راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٧٢ وقد وضع كيفية السكر فقال : إن العقل في الرأس ، وشعاعه في الصدر والقلب ، فالقلب يهتدي بتورده لتدبير الأمور وتمييز الحسن من القبيح ، فإذا شرب الخمر خلص أثرها إلى الصدر فحال بينه وبين نور العقل فبقي الصدر مغطياً فلم ينتفع بالقلب بتور العقل فسمى بذلك سكر حاجز بينه وبين نور العقل . ١ هـ

(٢) فالبلدر سفیه ولو كان ينفق ماله في وجوه البر عند الحنفية ، وخالف الشافعي فلم يعمل الإسراف في الإنفاق في وجوه البر سفياً . راجع رد المحتار ج ٥ « كتاب المحرم » وتبين الحقائق : ج ٥ ص ١٩٢ .

محمودة كانت أو غير محمودة ، لأن من عادته التبذير والاسراف في النفقة ، وإن يتصرف تصرفاً لا لغرض أو لغرض لا يعمده العقلاء من أهل الديانة غرضاً ، وهذه الحقة لا تؤثر في أهلية السفيه بشيء ، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل ، والسفيه كامل العقل . غير أنه يسير مع هواه ويكابره عقله .

وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه ومنعه من بعض التصرفات .

فذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه ، لأن الشخص إذا بلغ رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله ، فإذا ما عرض له السفه بعد ذلك لا يحجر عليه ولا يسلب منه ماله ، لأن في الحجر إهداراً لأدميته وحريته ولا يكون المال أعز من النفس في موازين الأشياء .

وأما إذا بلغ عاقلاً غير رشيد ، فانه يرى أن أهليته تكمل ؛ والولاية ترفع عنه ولا يسلم إليه ماله لا سحراً عليه ، وإنما للاحتياط فقط حتى إذا رشد بالفعل سلم إليه ، فإن لم يتحقق رشده ويبلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه المال لأن من وصل إلى هذه السن ولم يرشد لا ينتظر منه رشد بعد ذلك ، فلا فائدة من حجز المال عنه ، أو يقال : إن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد .

وذهب الصحاح « أبو يوسف ومحمد » إلى أنه إذا بلغ سفيهاً تبعى الولاية عليه ، ولا يسلم إليه ماله ، ولا ينفذ من تصرفاته إلا ما كان نفماً محضاً ، وأما بقية تصرفاته التي تقبل الفسخ ولا تكون صحيحة مع الهزل فممنوع منها ، وهذا الحجر للمحافظة على ماله لئلا يكون عالة على الناس بعد إفلاسه .

وأما التصرفات التي لا يؤثر فيها الهزل ، وهي الزواج والطلاق والرجعة والاعتاق واليمين ، فتقع منه نافذة لأن الشارع رتب عليها آثارها بمجرد وجود العبارة المنشئة لها ، وكذلك وصيته لجهة من جهات اللبر ، لأنها عبادة ، وهي صحيحة منه .

وأما إذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه فإن الصاحبين اتفقا على أنه يجبر عليه في التصرفات التي يؤثر فيها الهزل للثة السابقة ، ومع اتفاقها على مشروعية الحجر بسبب السفه يرى محمد أن تحقق السفه يكفي في ثبوت الحجر عليه ، ولا يتوقف على القضاء ، لأن الملة في ثبوته هي السفه وقد تحقق ، فصار كالحجر بالجنون والتمت والصفر ، وهذه لا تحتاج إلى القضاء فكذلك السفه . وكما أن ثبوته عنده لا يتوقف على القضاء كذلك زواله لا يتوقف عليه ، فمجرد عودة الرشيد إليه يرتفع الحجر عنه .

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بعد القضاء ، فوجود السفه وحده لا ينع صحة تصرفاته ونفاذها لأمور :

الاول : أن الحجر عليه للنظر له ، وفي الحجر تحصيل النفع له بإبقاء ملكه وإلحاق الضرر به بإهدار عيافته وتصرفاته ، ومثل هذا محتاج إلى ترجيح أحد الجانبين وهو لا يكون إلى بقضاء القاضي :

الثاني : أن السفه أمر تقديري يختلف فيه أنظار العقلاء ، فرب شخص يرى تصرفاً ما سفهاً بينما لا يراه غيره كذلك ، وهذا محتاج إلى قضاء القاضي الذي وظيفته الفصل في المنازعات بين الناس ، على أن السفه لا يثبت بالتبذير مرة واحدة ، بل لا يكون إلا بعد التكرار .

الثالث : أن الحجر عليه مبطل لتصرفاته ، وفي ثبوت الحجر عليه من غير قضاء إلحاق الضرر بن تماموا معه من غير أن يعرفوا حقيقة أمره .

وكما أن الحجر عليه لا يكون إلا بقضاء القاضي عند أبي يوسف كذلك لا يرتفع الحجر إلا بعد القضاء بزواله عندما يتبين للقاضي زوال سفه

وعلى هذا تكون تصرفاته بعد السفه وقبل القضاء نافذة ، وتصرفاته بعد زوال السفه

وقبل القضاء بزواله غير نافذة لعدم تحقق الشرط^(١) .

وبما تجب ملاحظته هنا . أن الحجر على السفية يتناول تصرفاته في جميع أمواله لا فرق بين ما دخل ملكه بعد الحجر عليه أو قبله ، والأئمة الثلاثة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل ، موافقون على مبدأ الحجر ك رأي الصحابين^(٢) .

وأما الففلة : فهي عدم الخبرة بالمعاملات ومعرفة نافعها من ضارها ، وصاحبها يخضع بسهولة ، فيلحقه الغبن في معاملاته .

وهذا المعنى لا يوجب الحجر عند الإمام أبي حنيفة ، ويوجب عند صاحبيه والأئمة الثلاثة ، فذو الففلة كالسفيه عندهم سواء بسواء .

وأما الدين : فهو عارض يعرض للإنسان لا يؤثر في أهليته بالاتفاق سواء كان مستغرقاً لكل ماله . أو غير مستغرق ، لكنه يوجب الحد من تصرفاته بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة ، فإنه لا يرى الحجر عليه ، لأن في الحجر إهداراً لحريته وإنسانيته ، وإنما يؤثر بسداد ديونه ، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء ، وإن أبى الأداء حبس حتى يرضى بالأداء ، فيبيع ماله بنفسه ليؤدي ما عليه ، ولا يجوز للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه من غير رضاه ، لأن هذا نوع حجب عليه ، وهو لا يذهب إليه بالنسبة للحر البالغ العاقل بحال .

(١) راجع كشف الأسرار الكبير ج ٤ ص ١٤٩٤ ، وكشف الأسرار الصغير ج ٣ ص ٣٠٣ ، وتبين الحقائق ج ٥ باب الحجر ، ورد المختار ج ٥ باب الحجر أيضاً .

(٢) توسط بعض فقهاء العراق كابراهيم النخعي وابن سيرين في الحكم بالحجر على السفية فلم يروا إلى رأي وسط بين هذين الرأيين فقالوا : إن السفيه الأصلي موجب للحجر عليه بسبب الصغر ، أما السفيه المارض بعد البلوغ مع الرشد فلا يوجب الحجر

عندهم . راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤١ وما بعد .

وأما جمهور الفقهاء الذين يرون الحجر عليه ، فمع اتفاقهم على مبدأ الحجر
يختلفون في أن الحجر عليه يتوقف على قضاء القاضي أولاً .

فأبو يوسف ومحمد يذهبان إلى أنه يحجر عليه بشرطين .

١ - أن يكون دينه مستغرقاً .

٢ - وأن يطلب الفرءاء الحجر عليه ، وعلى هذا لا يصير محجوراً عليه إلا
بقضاء القاضي فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة ^(١) .

والحجر يظهر أثره في أمرين :

الأول : منعه من التصرفات التي تضر بدائنيته سواء أكانت تلك التصرفات
من التبرعات المحضة كالمهبة ، أم من المعاوضات التي فيها محاباة ، كالبيع بأقل
من القيمة أو الشراء بأكثر منها .

الثاني : أنه يباع ماله جبراً عنه لسداد ديونه متى طلب الفرءاء ذلك ، ولكن
يتبع في بيع أمواله الطريقة التي لا يلحقه ضرر منها وهي : أنه يبدأ ببيع
المنقول الذي يتسارع إليه الفساد ، ثم باقي المنقول ، ثم العقار ، ولا يباع جميع
أمواله بل يترك له ما يفي بمجااته الأصلية من طعام وكسوة وسكنى له ولن
تجب نفقتهم عليه ، ويراعى في ذلك قدر الكفاية من غير إسراف ولا تقتير ،
حتى قالوا :

ولو كان له مسكن فسيح يمكن أن يكتفي بأقل منه ببيع ذلك واشترى له

(١) والفرق للامام محمد بين الحجر منا والحجر على السفيه . أن الحجر منا لأجل الفرءاء
فيتوقف على طلبهم ، وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضي ، بخلاف الحجر على السفيه فإنه لمصلحته
وهو غير موقوف على طلب أحد .

آخر بقدر حاجته^(١١).

ثم إن الحجز عليه يقتصر على أمواله التي اكتسبها قبل الحجز عليه ، لأنها هي التي تعلق بها حق الدائنين ، أما التي اكتسبها بعد الحجز عليه فلا يسرى عليها الحجز ، بل له حرية التصرف فيها كيف شاء .

والإمام مالك يرى أنه يحجز عليه ابتداء من غير حاجة إلى قضاء القاضي فتصرفاته التي تضر بدائنيه بعد الدين كلها موقوفة غير نافذة . ولهم إبطالها وإجازتها ، أما تصرفاته التي لا تضر بهم كالبيع والشراء من غير عاباة . والإقرار بدين لمن لا يتهم فيه فصحيحة نافذة لأن المتع لحق الفرعاء . فكل ما يضر بحقوقهم يحجز عليه فيه محافظة على حقوقهم ويبقى ما عدا ذلك على الأصل وهو النفاذ .

وإذا كان الدين محيطاً بماله كله حكم الحاكم بتفليسه ، ويحجز عليه وحينئذ ينع من كل التصرفات في ماله . فلا يصح منها شيء حتى يقسمه بين غرمائه ، ويمجّل ما عليه من الدين المؤجل ، ويترك له قدر نفقته وأولاده الصغار أياماً قدرت في بعض الروايات بشهر ، وفي أخرى إلى أن يتسبب في وجه نفقته ، لأن إسلامه إلى الهلاك دون قوت غير جائز ، كذلك كسوته المعتادة ثم ما عدا ذلك يسدد منه ديونه^(١٢) .

(١١) جاء في تبين المغايق ص ٢٠٠ ج ٥ : إذا باع القاضي مال الدين لقضاء ديونه بترك عليه دست من ثياب بدنه . وبيع الباقي ، لأن به كفاية ، وقيل يترك له دمتان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس ، وقالوا : إذا كان المدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضي ببعض ثمنها الدين ، ويشترى بما بقي ثوباً يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض عليه ، فكان أول من التجميل ، وكذلك في السكن إذا كان له مسكن يمكنه أن يمتري بما دون ذلك يبيعه ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقي مسكناً يكتفيه « ١١ والدمت كلمة فارسية معناها «البدلة» (١٢) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٦ ص ٢٤٦ وما بعدها ، وشرح الباسي على الوطائيه ص ٨٢ وما بعدها ، وفي ص ٨٥ يقول : والمرأة المديانة تقلس حتى تنزرج فليس لفرماتها أخذ مهرها في دينهم إلا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار ونحوه ، فليس لها أن تقضيهم جميع صدقاتها وتبلى بلا جهاز ، ووجه ذلك أن حق الزوج متعلق بالجهاز .

وفي مذهب الحنابلة رأيان : رأي مع الامام مالك ، واختاره ابن تيمية وتقليده ابن القيم ، ورأي مع الصحابين وهو أن تصرفه نافذ ما دام لم يحجر عليه

مرض الموت : المرض عارض يعرض للإنسان لا ينافي أهلية الوجوب . لأنه لا يتخلل بالذمة ، أو بالحياة التي هي مناط هذه الأهلية ، كما لا ينافي أهلية الأداء ، لأنه لا يتخلل بالعقل ، فيجب على المريض الحقوق لغيره كما يجب على الصحيح وعبارته معتبرة حتى انقضى بيمه وهبته وإجارته ، وصح نكاحه وطلاقه وسائر تصرفاته .

وكان مقتضى ذلك ألا يتملق بماله حق لغيره ولا يحجر عليه في شيء من تصرفاته .

ولكن نوعاً منه يسلم إلى الموت الذي ينهي الذمة ، ويبطل الملكية سماه العلماء « مرض الموت » ، وجعلوه موجباً للحجر عليه في بعض تصرفاته محافضة على حقوق غيره من الورثة والفرعاء ، وهذا النوع من المرض هو الذي يعنينا الكلام عليه هنا .

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد وبيان حقيقته . فمنهم من عرفه بأنه المرض المزمع لصاحبه الفراش طال وقته أم قصر ، ومنهم من قال إنه المعجز لصاحبه عن القيام بأعماله المطلوبة منه سواء كان صاحب فراش أو لا بشرط أن يموت سنة قبل مضي سنة ، فإن تجاوز السنة فلا يعتبر مرض موت ومنهم من ذهب فيه غير ذلك .

والمحققون من الفقهاء يقولون : إن العبرة في مرض الموت أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة . وإن يتصل به الموت سواء أكان حصول الموت بسبب هذا المرض أم بسبب آخر غيره ، كالقتل والحرق والفرق وغيرها ، ولا يلتفت بعد

ذلك إلى شيء آخر كالمعجز عن العمل . أو ملازمة الفراش ، أو تحديد الوقت الذي يموت فيه بسنة أو أقل منها . إلا أنه إذا طال المرض ، فإن مكان يزداد على مر الأيام ، وتسوء حالة صاحبه فإنه يعتبر من مبدأ المرض إلى الوفاة مريضاً مرض الموت ، وإن توقف المرض وهذأت حالته . واستمرت حالة الهدوء مدة سنة ، ثم بدأ يشتد ألغيت المدة السابقة على مدقه ، ولم تعتبر مرض موت ، بل يعتبر الشخص فيها صحيحاً . هكذا . كل توقف إن استمر سنة من غير مضاعفات ألغيت المدة كلها ، وإن كان توقفه أقل من سنة أخذ حكم المرض المستمر .

وعلى ذلك يكون الملاحظ في مرض الموت غلبة الظن بالهلاك من هذا المرض ، فكل مرض يغلب على الظن أنه موصل إلى الموت عادة ، أو حسب تقرير الأطباء يعتبر مرض موت طال زمنه أو قصر متى اتصل به الموت ، ولم تتخلله فترة هدوء سنة أو أكثر .

ولا شك في أن مرضاً كهذا يجعل صاحبه يائساً من الحياة ، فيختل ميزان تصرفاته ، فلا يسير فيها على الجادة المستقيمة . بل تراه يميل بها مرة إلى هنا ، وأخرى إلى هناك .

ولذلك ألحقوا بالمريض مرض الموت كل شخص يضعف أمله في الحياة بسبب عارض من العوارض وإن كان صحيحاً معافى من جميع الأمراض . كمن حكم عليه بالإعدام حكماً صحيحاً غير قابل للنقض ولا أمل في العفو عنه . فإنه يعتبر كالمريض مرض الموت بالنسبة لتصرفاته ، وكذلك من كارب في سفينة اختل توازنها في وسط البحر ، وجنحت إلى الفرق ولا أمل في نجدها ، ومثله أيضاً من كان في ساحة القتال أمام عدو يفوقه عدداً وعدة ، وأمله ضعيف في النصر . كل أولئك يأخذون حكم المريض مرض الموت^(١).

(١) الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٠٩

فإذا اختل أحد الأمرين السابقين لا يعتبر الشخص مريضاً مرض الموت .

فإن كان المرض لا يوصل إلى الموت في الغالب . كالأعراض العارضة ، ثم تصل به الموت لا يعتبر الشخص في هذه المدة في مرض الموت ، وكذلك إذا كان المرض يغلب منه الهلاك واستمر مدة ، ثم أعقبه الشفاء النهائي . أو الشفاء الذي استمر أكثر من سنة ، فإن الشخص لا يعتبر فيه مريضاً مرض الموت كذلك .

هذا النوع من المرض له حكم خاص . وهو أن حقوق الدائنين تتعلق بمال المريض كله إن كان الدين مستغرقاً . أو ببعضه إن لم يكن كذلك ، كما يتعلق حق ورثته بثلثي ماله الخالص من الدين ، وهذا يقتضي الحجر عليه فيما يضر بحقوقهم .

وإنما كان هذا النوع من المرض موجباً لتعلق حقوق الغير بالمال ، لأنه موصل إلى الموت بسبب ترادف الآلام ، والموت عجز حقيقي ، وهو علة لخلافة الورثة والفرعاء في المال ، لأن بالموت تبطل أهلية الملك . فيخلفه أقرب الناس إليه ، والذمة تخرب بالموت ، فيصير المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولاً بالدين . فيخلفه الفرع في المال ، فيكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والفرع بماله .

وإذا كان المرض سبباً لتعلق حق الوارث والفرع بالمال يكون سبباً من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة هذا الحق .

ويثبت الحجر بالمرض عندما يتصل به الموت ، لأن علة الحجر مرض يميت ، فقبل وجود الوصف لا يثبت الحجر ، لأنه قبل الموت لا ندري . أينصل به الموت فيكون مرض موت موجباً للحجر ، أم لا يتصل به فلا يكون كذلك ، ومع هذا الشك لا يثبت الحجر ، ولكن إذا ثبت الحجر يثبت مستنداً إلى أول المرض ، لأن الموت لما اتصل به علمنا أن حق هؤلاء تعلق بالمال من وقت ابتداء المرض .

وإذا كنا لا نحكم بتعلق تلك الحقوق بالمال إلا بعد الموت ، ولا يثبت الحجر إلا في هذا الوقت تكون تصرفات المريض قبل الموت صحيحة نافذة ترتب عليها آثارها إذا كانت قابلة للفسخ^(١) مثل البيع والهبة والوقف والوصية فإذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج إلى نقضه إذا تعارض مع حق الغرماء ، أو الورثة ولم يميزوه .

وإذا كان مرض الموت موجباً للحجر بعد الموت مستنداً إلى أول المرض لحق الغرماء والورثة قبل معنى هذا أن يسري الحجر على جميع تصرفاته التي صدرت منه في هذه الفترة كلها ؟

والجواب عن ذلك يحتاج إلى شيء من التفصيل لأن التصرف إما أن يكون لأجل قضاء حاجات المريض نفسه من طعام وكسوة وسكني وزواج وغن دواء ونفقة من تلزمه نفقته ، أو لنشر ذلك ، والثاني إما أن يكون تصرفاً في المنافع بتمليكها للغير بموضع فيه غبن بطريق الإجارة ، أو بغير عوض بطريق الإعارة ، أو يكون تصرفاً في أعيان المال بتمليكها كذلك بموضع أو بغير عوض ، وعلى كل . إما أن يكون لوارث أو لأجنبي

فإذا كان تصرف المريض لأجل قضاء حاجاته ، ونفقة من تلزمه نفقته نفذ من حين التصرف ، وليس لأحد اعتراض عليه بعد وفاته ، فلا الدائنون ولا الورثة يملكون إبطال شيء من ذلك معها بلغت قيمته بالنسبة للتركة إلا إذا كان في هذا التصرف محاباة ، أو غبن لا يتغابن فيه الناس ، كما إذا باع شيئاً بأقل من قيمته ، أو اشترى بأكثر من القيمة ، فإن هذه المحاباة تعتبر تبرعاً في مرض الموت فتأخذ بحكم الوصية . يستوى في هذا الشراء من الوارث أو من

(١) وأما التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالاعتاق . فإنها تقع منه صحيحة موقوفة كالملقة على الموت فيها يتمارض مع حكم الوصية .

الأجنبي على الأصح .

وإذا تزوج بهر المثل فليس لأحد التعرض لذلك بالإبطال بعد وفاته أيضاً ، لكن إذا كان المهر أكثر من مهر المثل اعتبرت الزيادة تبرعاً لفزوجة ، فيأخذ حكم الوصية للوارث ، وكذلك إذا طلق امرأته وقع طلاقه ، فإن كان الطلاق بائناً ومات وهي في العدة ورثته لأنه بطلاقها يعتبر فاراً من ميراثها ، وهذا عند الحنفية ، وعليه العمل الآن وهناك آراء أخرى^(١)

وإذا كان تصرفه في المنافع سواء كان بعموض أو بغير عوض كالإجارة والاعارة والمزارعة والمساقاة وغيرها ، فلا يملك أحد الرجوع عليها بالإبطال عند الحنفية للأمورين :

الاول : أن المنافع ليست أموالاً في مذهبهم فلا يملك بها حق الدائنين والورثة .

الثاني أن التصرف في المنافع ينتهي بوفاء أحد المتماقدين ، وإذا انتهى التصرف الذي فيه المخاباة بوفاء المريض لم يبق محل لاعتراض أصحاب الحقوق من الدائنين والورثة .

وأما غير الحنفية الذين يعتبرون المنافع أموالاً وأنها تنتقل ملكيتها بالإرث فإن التصرف فيها خاضع لما يخضع له التصرفات في الأعيان .

وأما التصرف في الأعيان . فإن كان بغير عوض ، كالمبابة أو الوقف أو

(١) ويرى الحنابلة أنها ترثه مطلقاً حتى ولو انتقضت عدتها ما لم تتزوج بغيره قبل موته ، والمالكية يقولون : إنها ترث منه حتى ولو تزوجت غيره ، والشافعي منع إرثها منه عملاً بالأصل وهو عدم إرث البترة :

التصدق أو بمعرض فيه محابة . كأن يبيع عينا من ماله ، أو يشتري عينا من آخر بالغبن فإن هذا التصرف يتوقف نفاذه بعد وفاة المريض على إجازة أصحاب الحق أو رفع ذلك الغبن ، وإن كان للتصرف لا غبن فيه . فإن كان مع أجنبي فإنه ينفذ ولا يتوقف على إجازة أحد كما لا يبطله إبطال أحد منهم ، لأنه لم يمس حقا من حقوقهم ولا تهمة فيه .

وإن كان البيع لوارث بمثل القيمة ، أو بأكثر منها فكذلك لا يملك أحد إبطاله عند الصاحبين . بمعنى أنه نافذ في حق الثرماء والورثة ، لأن حق الجميع عندهما متعلق بمالية التركة دون أعيانها وصورها .

وأما عند الإمام فهو نافذ في حق الثرماء فقط ، وأما في حق الورثة فغير نافذ ، بل هو موقوف على إجازتهم ، لأن حق الورثة عنده متعلق بمالية التركة وأعيانها معا^(١) فيبعه لأحد الورثة فيه إيثاار له بهذه العين دون الآخرين ، فتكون كالوصية بهذه العين للوارث ، لأن المحابة كما تكون بالتبرع بالمال نفسه تكون بعين مختارة ولو بقيمتها ، والوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة .

يلاحظ أن قانون الوصية في مصر أجاز الوصية للوارث كأجنبي في حدود الثلث على السواء من غير توقف على إجازة أحد ، والتوقف إنما هو فيما زاد على الثلث .

أما في لبنان فالعمل على مذهب الحنفية الذي يوقف نفاذ الوصية للوارث على إجازة الورثة بالنسبة للسنين ، وأما الجعفرية فقد أجازوا الوصية للوارث وللأجنبي على السواء .

(١) في كشف الاسرار الكبير ج ٤ ص ١٤٣٢ ، حق الوراثة متعلق بالمال صورة ومعنى في حق أنفسهم ، ومتعلق به معنى في حق غيرهم من الأجانب والفرماء ، فلو باع عينا لأحد الورثة بمثل القيمة لا ينفذ إلا بإجازة الباقيين ، ولو باعها لأجنبي نفذت من غير توقف لأن حق الثرماء متعلق به معنى لا صورة في حق أنفسهم وفي حق غيرهم ، فلو باع حينئذ بمثل القيمة لأحد الثرماء أو لأجنبي عنهم سواء كان وارثا أو غير وارث نفذ من غير توقف .

هذا حزم تصرفات المريض مرض الموت ما ينفذ منها في حياته وبعد وفاته وما ينفذ منها في حياته ، ويتوقف بعد وفاته .

ومن هذا المرض نعلم أن مال المريض مرض الموت يتعلق به حقوق .

حق المريض نفسه ومن تلزمه نفقته وقد عرفنا أنه مقدم على جميع الحقوق وأنه نافذ وإن استنفذ كل المال إذا لم يكن فيه عناية لأحد .

ثم يلي ذلك حقوق الدائنين ، فإنها مقدمة على حقوق الورثة ، والموصى لهم ، ولذلك تتوقف كل تصرفاته التي فيها غبن يسر حقهم على إجازتهم أو إيرادهم .

فإذا كان الدين محيطاً بكل التركة توقفت التصرفات التي فيها غبن ولو كان يسيراً على إجازتهم أو إيرادهم أو رفع ذلك الدين ، فإن تمسكوا بحقوقهم ولم يرفع هذا الدين أبطلت هذه التصرفات ، وفي هذه الحالة لا شأن للورثة بالتركة إلا إذا أرادوا استخلاص أعيانها بدفع قيمتها للدائنين ، فإنه في هذه الحالة يجبر الدائنون على أخذ القيمة متى كانت ديونهم مساوية للتركة ، وإن كانت الديون أكثر لا يجبرون .

وإن كان الدين غير مستغرق لكل المال استوفى مقدار الدين أولاً ، وما بقي بعد ذلك يكون حق الورثة متعلقاً به ، فإن سلم لهم الثلثان بأن كانت الهبة متخرج من ثلث باقي التركة بعد أداء الديون نفذت التصرفات ، وإلا توقفت على إجازة الورثة ، أو رفع ذلك الدين .

وحق الورثة يظهر دائماً في الثلثين بعد أداء الديون ، ولهذا لو كانت التركة مستغرقة بالديون لم يكن للورثة حق فيها ، فإن تنازل الدائنون عن بعض دينهم ظهر حق الورثة وتعلق بثلثي هذا الجزء المتنازل عنه ، ولذلك لا ينفذ من التصرفات التي فيها عناية إلا بما يوازي ثلث هذا الجزء المتنازل عنه .

فلو فرضنا أن المدين يدين مستغرق لماله باع - وهو مريض - عيناً قيمتها
خسبائة بأربعمائة فإن مقدار الغبن يكون مائة ، ويتوقف على إجازة الدائنين ،
أو إبرايمهم من الدين مقدار ثلاثمائة ليخرج الغبن من ثلثه ، فلو كان الإبراء من
مائة فقط توقف على إجازة الورثة في ثلثي المائة..

ومن الحقوق المتعلقة بالتركة أيضاً الوصية : وهي مقدمة على الميراث. وتتخذ
في الثلث من غير توقف على إجازة ، والحماية في تصرفاته في مرض الموت تعتبر
وصية في المنى فتضم إلى وصاياه الأخرى لتخرج من الثلث . فإن ضاق عنها
توقفت على إجازة الورثة^(١) .

(١). والقانون المدني عرّض لتصرفات المريض مرض الموت في موضعين . الأول في البيع في
مادتي ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، والثاني في أسباب كسب الملكية في الوصية مادة - ٦١٦ - وهو في
الموضعين قريب من أحكام الشريعة ، بل متفق معها في أغلب الأحكام . راجع بحث الدكتور كامل
موسي في مجلة القانون والاقتصاد في سنتها الثامنة .

الولاية

ممنها . أنواعها . مبدأ ثبوتها . وعلى
من تكون . من تثبت له . شروطها

الولاية في اللغة مصدر مرد بمعنى تولى الأمر والقيام به أو عليه تقول : ولي
هذا الشيء ، وولي عليه ولاية إذا ملك أمره ، وكان له القيام عليه ، أو القيام به .

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة شرعية تجمل لمن تثبت له القدرة على
على إنشاء التصرفات والمقود وتنفيذها بمعنى أنها تقرت عليها آثارها الشرعية
بمجرد صدورها منه .

وهذه السلطة لا تثبت إلا لمن كان كامل أهلية الأداء ، ففقد الأهلية ،
وناقصها لا ولاية لواحد منها لا على نفسه ، ولا على غيره .

أنواع الولاية : هذه السلطة تثبت للشخص على نفسه وماله ، وقد تثبت
له على غيره ، فالشخص كامل الأهلية له سلطة في حق نفسه في الأمور التي
تتعلق بشخصه ، والتي تتعلق بماله ، فجميع تصرفاته نافذة ما لم يترتب عليها
ضرر بالغير كما في المدين والمريض مرض الموت ، وقد سبق تفصيل ذلك .
وهذه تسمى ولاية ذاتية أو قاصرة^(١) .

(١) رجال القانون لا يسمون هذه ولاية ، لأنهم يقصرون الولاية على صلاحية التصرف بالنسبة

وقد تثبت له بالنسبة لشخص آخر ، وتسمى ولاية غير ذاتية أو متعدي .

وهي إما أن تكون ثابتة بإثبات الشارع ابتداء من غير إثابة من أحد ، كما في ولاية الأب والجد عند عدم الأب ، فإن الشارع أثبت لكل منها ولاية على أولادهم بمجرد ولادتهم ، وتسمى هذه ولاية أصلية .

وقد تكون بإثابة شخص أو أشخاص ، كما في ولاية الوصي الذي أقامه الأب أو الجد أو القاضي ، فإن الوصي استمد ولايته من أبيه ، ولولا هذه الإثابة ما تثبت له هذه السلطة ، ومثلها ولاية الوكيل فإنه استمدها من الموكل ، والامام والقاضي كل منهما نائب عن المسلمين ، يتصرف بحكم وكالته عنهم ^(١) .

ومن هذا ترى أن الولاية على الغير قد تكون ثابتة ابتداء من الشارع ، وقد تكون ثابتة بإثابة المالك نفسه ، وقد تكون بإثابة غير المالك ^(٢) .

فالولاية الذاتية أو القاصرة : هي التي تثبت للشخص كحامل الأهلية على

نفسه وماله .

= إلى الغير ، جاء في الوسيط للدكتور السنهوري : الأهلية للأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق ، والولاية هي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير ، وفي موضع آخر : أهلية الاداء : صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه ، والولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير . (١) ومن الفقهاء من جعل تصرفهما بحكم الولاية التي أثبتها الشارع لهما .

(٢) يقول الكاساني في بدائمه ج ٣ ص ١٥٢ في بحث الولاية عند التكلام على شرائط البيع « الولاية في الأصل نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك أما الأول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وإن لم يكن الحل مملوكاً لوجود الولاية المستفادة من الموكل . وأما الثاني فهو ولاية الأب والجد . أب الأب ، والوصي والقاضي . وهو نوعان أيضاً : ولاية للتكاح ، وولاية غيره من التصرفات ، ثم أخذ في بيان رتبته يكون ولاية وصي الأب والجد أصلية .

وعما ينبغي التنبيه عليه أن جملة ولاية الوصي مما ثبت شرعاً لا بتولية المالك لا ينافي أنها ولاية نيابية ، ولكنها ليست من المالك ، بل من الولي الأصلي وهو الأب أو الجد .

والمتمدية : هي التي تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله
الشارع سبباً لثبوتها . وهي نوعان . أصلية ، ونيايية .

فالأصلية : هي ما ثبتت بسبب الأبوّة . كولاية الأب والجد الصحيح . فإنها
تثبت بسبب ولادة الصغير ، ولم تأت بانابة غيرها ولذلك تستمر حتى يزول
سببها ، وهو الصغر وضعف العقل .

والنياهية : هي ما ثبتت باستمدادها من شخص لآخر . كولاية وصي الأب
أو الجد أو القاضي ، ولاية الوكيل ، وكذلك الامام والقاضي ، فإن ولايتها
مستمدة من المسلمين فكلاهما يعتبر نائباً عنهم .

وبعد هذا تتنوع الولاية المتمدية إلى نوعين .

ولاية على النفس : وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم
وتأديب وختان وتطبيب وتزويج وما شاكل ذلك .

وولاية على المال : وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال وتفصيل الكلام على
النوعين في مقرر آخر ونكتفي هنا ببيان مبدأ ثبوت الولاية وشروطها إجمالاً .

مبدأ ثبوت الولاية ولمن تكون ؟

والولاية تثبت على الأشخاص منذ ولادتهم وتستمر حتى يبلغوا الرشد ، أما
الجنين فلا ولاية لأحد عليه ، فلو اشترى له شخص شيئاً ، أو وهب له شيئاً فلا
يدخل في ملك الجنين حتى ولو ولد حياً ، وإنما تثبت له الحقوق التي فصلناها
عند الكلام على أهلية الوجوب .

والقانون الوضعي في مصر أجاز تعيين وصي للعمل المستكن حينما صدر قانون

المجالس الحسبية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وعلل واضعوا القانون ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصالحته لما يترتب على ذلك من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة .

ثم جاء قانون المحاكم الحسبية سنة ١٩٤٨ مقررأ له ، وأخيراً صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال منظمأ لذلك .

فالمادة - ٢٨ - منه تنص على : أنه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختارأ لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية ، أو عرقية مصدق على توقيع الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ويجوز له أن يعدل عن اختياره في أي وقت ، وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها .

والمادة - ٢٩ - منه تنص على أنه : إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً ، ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

وكما تثبت الولاية على الصغير تثبت على المجنون والمعتوه والسفيه وذوي الفلفة كما جاء بالمادة - ٦٥ - من قانون الولاية (١) .

من تثبت له الولاية : تثبت الولاية بوجه عام للأب والجد والوصي من قبل الأب أو الجد والقاضي ، ووصيه على خلاف بين الفقهاء ليس هذا موضعه .

وقانون الولاية على المال ينص في مادته الأولى على أن الولاية للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .

(١) ونصها : يحكم بالحجر على البالغ للمجنون أو للعتة أو للسفه أو للفلفة ولا يرفع الحجر إلا بحكم المحكمة على من يجبر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون.

وفي المادة - ٢٩ تعين المحكمة وصياً للقاصر إذا لم يكن وصي مختار .

شروط الولاية : يشترط في الولي أن يكون حراً عاقلًا حتى يتحقق فيه أهلية الأداء فلا ولاية للعبد ، ولا للمجنون ولا للصغير ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم ، وفاقد الشيء لا يعطيه ، وكذلك يشترط اتحاد الدين بينه وبين المولى عليه ، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم .

ومن الشروط . أن يكون قادراً على التصرفات التي تدخل في ولايته مع

أمانته ، لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه ، وهي لا تتحقق مع المعجز وعدم الأمانة ^(١)

فاذا كان الولي مستوفياً الشروط ، ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وإن طرأ عليه المعجز لا يمتزل ، بل يضم إليه القاضي من يمينه ليكمل نقصه .

ويشترط في المولى فيه : ألا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه ، لقوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ، وعلى هذا تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً نافذة ، كقبول الهبة والوصية ، ومثلها التصرفات المحتملة للنفق والضرر ما لم يكن ضرراً ظاهراً ، وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا تنفذ على المولى عليه وذلك كالهبة من ماله ، أو الصدقة . أو الطلاق غير أنه إن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت وإلا كانت باطلة .

(١) وفي قانون الولاية على المال احتياط كبير لأجل المحافظة على أموال القاصرين فللمادة ٢٩ تنص على أنه : إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها ،

كما حدد الولاية حدودها التي يتصرف الولي في إطارها . راجع على سبيل المثال المواد ٦٠٥ ، ١٢٠٧ وشرط في الوصي : أن يكون عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة ومنع من تعيين أصناف سبعة أوصياء كما جاء بالمادة ٢٧ .

الوكالة

معناها ، أركانها وشروطها ، محلها ، أفعالها ،
حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع ، إنتهاء الوكالة .

الوكالة في لغة العرب تطلق على معان ، منها المراعاة والحفظ ، كما في قوله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » (١) ، ومنها التفويض والاعتماد ، كما في قوله : « إني تركت على الله ربي وربكم » (٢) .

والفهاء يريدون بها المعنى الثاني (٣) وهو التفويض والاعتماد ، ولكن بقيود تجعله أخص من المدلول اللغوي ، فترام يقولون في تعريفها .

إنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف بمالك له معلوم قابل
للتبابة (٤) .

ومعنى هذا ، أن الانسان إذا أتاب غيره ليقوم بدله بعمل من الأعمال التي

(١) آل عمران - ١٧٣

(٢) هود - ٥٦ .

(٣) وقد يريدون بها المعنى الأول فيما إذا قال شخص لآخر : وكلتك بمالي . أو أنت وكيلك في كل شيء . كان وكيلك بالحفظ . راجع تبين الحقائق وحاشية التلخيص عليه ص ٢٥٤ ج ٤ .

(٤) وقريب من هذا تعريف صاحب المنهاج من الشافعية : بأنها تفويض شخص لغيره فيما يفعله عنه حال حياته مما يقبل التبابة شرعاً .

يملك إصدارها ويكون مما يقبل الأمانة . كان فعله هذا تفويضاً لذلك الغير فيما أنابه ، واعتاداً عليه فيه ، كما إذا قلت لشخص : يع مالي نيابة عني ، وقبل ذلك كان هذا العمل توكيلاً ، والمقد يسمى وكالة .

أما إذا كان التصرف غير مملوك له ، أو كان مملوكاً له ولكنه لا يقبل الأمانة فإن هذا العمل لا يكون توكيلاً مشروعاً ، وسنوضح ما يقبل النيابة ، وما لا يقبلها عند الكلام على محل الوكالة .

هذا للتصرف المسمى بالوكالة مشروع في الفقه الإسلامي من مبدأ الأمر ، يدل على ذلك ما في كتاب الله حكاية عن أصحاب الكهف : « فابشروا أحدكم يورثكم هذه إلى المدينة فليستظر أيها أركى طعاماً فليأتكم برزق منه » (١) .

وهذه الحكاية وإن كانت عن قوم سابقين إلا أنها لم تنكر في شريعتنا فتعتبر تشريعاً لنا ، على أنه جاء في سنة رسول الله ما يؤيد ذلك ويؤكد ، فلقد أقر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل من يقبل عنه الزواج ، كما وكل من يشاري له شاة

وتلك حوادث مشهورة ، وأشهر منها إجابته من يقوم بأعمال الدولة كجباية الزكاة وغيرها من ضروب الأموال .

ومن وراء ذلك إجماع الفقهاء المسلمين في كل العصور على شرعيتها لم يخالف في شرعيتها فقيه واحد منهم .

وليس من المعقول أن يهمل التشريع الإسلامي هذا الأمر الخطير الذي يتوقف عليه إلى حد كبير تحقيق مصالح الناس ، وقضاء حاجاتهم ، فكثير من الناس تشعب أعمالهم بحيث يجزئون عن القيام بها كلها ، لو يكون في حالة

(١) الكهف - ١٩ .

يرى من الحرج القيام بعمل معين ، إما لأنه لا يليق به إتيانه ، أو لأنه لا يحسنه .

ومن هذا يظهر لنا حكمة تشريع الوكالة واضحة جلية .

ومن تتبع تشريع هذا الأمر في القوانين الوضعية ، ومبلغ ما وصلت إليه بعد جهاد شاق طويل ، وقارن بينه وبين تشريعه في الفقه الاسلامي وجد الفرق كبيراً ، فبينما نرى القوانين الوضعية تسير في هذا الطريق على حذر نجد الفقه الاسلامي جاء به واقعياً من أول الأمر .

وإن نظرة واحدة للضوابط التي وضعها الفقهاء له لكيفية بتصديق هذه الدعوى .

يقول صاحب الهداية من الحنفية : كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يؤكل غيره به ، ويقول صاحب المغنى ^(١) من الحسابية . كل من صح نصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يؤكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً .

أركانها : الوكالة من العقود ذات الطرفين التي لا توجد إلا بإيجاب وقبول ، إيجاب يصدر من الموكل بأي عبارة تدل على الأمانة ، أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة ، وقبول يصدر من الوكيل سواء كان قولاً أو فعلاً يعتبر قبولاً ضمناً ، فلو علم الوكيل بالوكالة وسكت ثم باشر التصرف الموكل فيه اعتبر ذلك قبولاً ، كما لا يشترط هنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، وقد سبقت

(١) ص ١٩ ج ٥ .

الإشارة إلى ذلك عند الكلام على مجلس العقد^(١) .

ولما كانت الوكالة مشروعة لحاجة الناس إليها ، وحاجات الناس حسب الواقع مختلفة ، فقد يكون الشخص محتاجاً إليها في وقت مستقبل غير محتاج إليها الآن ، وقد يكون محتاجاً إليها في حاجة خاصة ، أو على اعتبار خاص لذلك صحت منجزة ومعلقة ومضافة إلى زمن مستقبل ، فكما يصح أنت وكيل في بيع كذا يصح وكلتك ببيعه أن سافرت خارج البلد ، أو وكلتك من أول الشهر القادم .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة ، والشافعية وإن خالفوا في جواز التعليق على القول الراجح عندهم إلا أنهم صححوا تصرف الوكيل بعد هذا التوكيل الملحق لوجود الأذن^(٢) .

شروطها : لا بد لصحة الوكالة من توفر شروط لكنها موزعة بين الموكل والوكيل ، والموكل فيه .

(١) راجع تبين الحقائق ص ٣٥٥ ج ٤ ، ونهاية المحتاج ص ٢١ ج ٤ ، وفيه « ولا يشترط في وكالة بغير جعل القبول لفظاً ، بل الشرط ألا يرد ، ولا يشترط فور ولا مجلس إذ التوكيل وقع حجر وقيل يشترط » ص ٨٢ .

(٢) راجع البدائع ص ٢٠ ، ٢١ ج ٥ ، وكشاف القناع ص ٢٣٢ ج ٢ ، نهاية المحتاج ص ٢١ ج ٤ وعبارته « ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت على الأصح ، والقول الثاني إنها تصح ، وعلى الأول ينفذ تصرفه في ذلك عند وجود الشرط لوجود الإذن » ويقول ابن قدامة في المغنى ص ٨٥ ج ٦ : ويموز تعليق الوكالة على شرط . نحو إذا جاء الحاج فبيع هذا الطعام ، وإذا جاء الأضي فاشتر لنا أضحية ، وإذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه إليهم بهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الإذن ، وإن كان وكيلاً يحمل فسد السمي وله أجر المثل ، لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبه البيع ص ٨١ .

فيشترط في الموكل : أن يكون أهلاً للتصرف الذي وكل فيه ، فإذا كانت التصرف يحتاج إل كمال الأهلية لزم أن يكون الموكل كامل الأهلية ، وإن كان يكفي فيه الأهلية الناقصة صح التوكيل من صاحبها ، وعلى هذا لا يصح التوكيل مطلقاً من فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز ، ويصح من الصبي المميز ومن في حكمه في التصرفات النافعة نفعاً محضاً من غير توقف ، كما يصح توكيله في التصرفات المترددة بين النفع والضرر إذا كان مأذوناً له في التجارة ، أو أجازها الولي أو الوصي ، وتبطل في التصرفات الضارة ضرراً محضاً حتى ولو أجازها وليه .

وكذلك يصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو اللغلة فيما يساح له من التصرفات دون غيرها ، ويصح توكيل المرأة شخصاً لزوجها عند من أجاز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها ، ولا يصح هذا التوكيل منها عند من لم يحز لها مباشرة هذا العقد .

وإنما شرط هذا ، لأن الوكيل يستمد ولايته من الموكل ، فإذا لم يكن الموكل مالِكاً للتصرف الذي يوكل فيه فلا يتصور تقليكه لغيره .

ويشترط في الوكيل : أن يكون له عبارة معتبرة ، بأن يكون مميزاً ويستوي في ذلك البالغ وغير البالغ والرجل والمرأة ، والحرة والعبد ، وعلى هذا يصح توكيل كامل الأهلية وناقصها كالصبي المميز ، ولا يختلفان إلا في أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل إذا كان كامل الأهلية ، وإذا كان ناقصها إلى الموكل ، وخالف الشافعية في توكيل ناقض الأهلية ، كالصبي المميز فاعتبروه غير صحيح بناء على أن الشرط في الوكيل عندهم ، أن يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، والصبي لا اعتبار لعبارته إلا في بعض مسائل ليس التوكل منها ^(١) .

(١) من هذه التصرفات الإذن في دخول الدار وإرسال الهدية . راجع نهاية المحتاج ص ١٤٦ ج ٢ .

ويشترط في الموكل فيه محل الوكالة .

أولاً : أن يكون معلوما ، ولا تضر الجهة البسيرة ، لأنها لا تقضى إلى النزاع ، حيث إن الوكالة عقد غير لازم في أغلب صورها ، وهذا الشرط في الوكالة الخاصة ، وأما الوكالة العامة فتصح ولو كان الموكل به مجهولا .

ثانياً : أن يكون من التصرفات المباحة شرعاً ، فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً كالتوكيل في الفسب أو الاعتداء على الغير .

ثالثاً : أي يكون مما يقبل النيابة ، وذلك لأن التصرفات منها ما هو منظور فيه إلى تحقيقه بصرف النظر عن فاعل خاص . مثل البيع والشراء والإجارة والهبة ، ورد الودائع والمنصوبات ، وقضاء الديون ، وما شابه ذلك ، ومنها ما هو منظور إليه من ناحية صدوره من شخص معين . مثل اليمين ، والشهادة والمقوبات .

ومن أجل ذلك كانت التصرفات في نظر الفقهاء بالنسبة لقبولها النيابة ثلاثة أنواع : نوع يقبلها بالاتفاق ، ونوع لا يقبلها كذلك اتفاقاً ، ونوع ثالث كان مجالاً لاختلاف النظر ، فأجاز البعض النيابة فيه ومنعها الآخرون^(١) .

ومن النوع الأخير استيفاء القصاص . فمن الفقهاء من أباح التوكيل به ، لأنه حق من حقوق الأدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيه ، لأن صاحبه قد لا يستطيع استيفاءه ، ومنهم من منع ذلك لأن الحدود تسقط بالشبهات ، وقد

(١) إذا أردت أن تنقف على أوجه النظر المختلفة فارجع إلى بداية المجتهد لابن رشد ص ٢١٠ ج ٢ ، والمفتي لابن قدامة ص ٨٣ ج ٥ . والدر المختار مع حواشي ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٣ وما بعدهما . ومن الذين كتبوا في ذلك يتوسع الامام الشاطبي في موافقاته ج ٢ ص ٢٢٢ وما بعدهما . وكذلك القرافي في فروقه ج ٢ ص ٢٠٥ في الفرق بين =

أمر بدرها والتوكيل يوصل إلى استيفائها ، ولأن الولي لو حضر رجعا ^(١) .
أنواع الوكالة : والوكالة تكون خاصة ، وقد تكون عامة .

فالأولى : ما كانت إثابة في تصرف معين . كبيع سيارة معينة ، أو شراء شيء معين ، أو توكيل في قضية خاصة .
والثانية : ما كانت إثابة عامة لا في تصرف خاص ، كأن يقول له : وكلتك عني في تصرفاتي كلها ، أو أنت وكيل في كل شيء .

والأولى صحيحة باتفاق الفقهاء بشرط أن يكون الموكل فيه معلوما ليس فيه جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع ، كما إذا وكله بشراء ثوب ولم يبين نوعه ولا صفاته فإنه يؤدي لا محالة إلى النزاع لو امتثل واشترى أي ثوب

تقاعدة ما تصح النيابة فيه وما لا يصح النيابة فيه . يقول : « هذا الفرق مبني على قاعدة وهي أن الأمان تقسمان : منها ما يشتمل فعله على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله . كرد الودائع وقضاء الديون ورد المفصوبات وتفريق الزكوات والكفارات وطوم الهدايا ونحوها ، فيصح في جميع ذلك النيابة إجماعاً ، لأن المقصود انتفاع أهلها بها ، وذلك حاصل ممن هي عليه لحصولها من نائبه ، ولذلك لم تشطر النيابة في أكثرها . ومنها ما لا يتضمن مصلحة في نفسه ، بل بالنظر إلى فاعله كالصلاة فإن مصلحتها الخشوع والخضوع وإجلال الرب سبحانه وتعالى ، وتطعيته ، وذلك إنما يحصل من جهة فاعلها ، فإذا فعلها غير الإنسان فانت المصلحة التي طلبها صاحب الشرع ولا توصف حينئذ بسكونها مشروعة في حقه ؛ فلا تجوز النيابة فيها إجماعاً ومنها قسم متردد بين هذين القسمين فيختلف العلماء في أي الشائتين تغلب عليه . كالخبر فإن مصالحه تأديب النفس بمقاومة الأوطان وتخليد بها بالخروج عن المتأمن من المحيط وغيره لتذكر المعاد والاندراج في الألفان وتعليم شمائل الله في تلك البقاع وإظهار الانقياد من العبد لما لا يعلم حقيقته كرمي الجمار والسعي بين الصفا والبرودة والوقوف على بقعة خاصة دون بقية البقاع ، فمن لاحظ هذا المعنى المعنى وهو مالك ومن وافقه قالوا : لا تجوز النيابة في الحج ، ومن لاحظ الفرق بين الحج والصلاة ، وأن الحج لا يمرى عن الغربة المالية غالباً في الاتفاق في الأصفار قال تجوز النيابة في الحج قال : ومن النوع الأول اليمين فإن مصلحته الدلالة على صدق المدعى بخلف غيره اهـ .

(١) راجع تبين الحقائق ج ٤ ص ٣٥٥ ، والمغنى لابن قدامة ص ٨١ ج ٥ ، ونهاية المحتاج ص ١٩ ج ٥ .

وأما الثانية فهي موضع خلاف بين الفقهاء ، فعنهم من اعتبرها صحيحة ، وعكك الوكيل كل تصرف يملكه الموكل^(١) ، ومنهم من أبطلها لمذنبها من الغرر والضرر حيث تشمل بعمومها هبة أمواله وطلاق نساءه .

ويذهب فريق ثالث إلى صحتها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كالإسقاط والتبرع فلا يملكه الوكيل ، وهذا استعسان مقبول لاتنافيه قواعد الشريعة ، لأن الشخص قد يكون عاجزاً تمام العجز عن إثبات أي عمل من أعماله فلو لم يبح له هذا النوع من الوكالة لأدى إلى الحرج حيث يحتاج إلى توكيل وكلاء عديدين ، أو يضطر إلى توكيل خاص لكل عمل من الأعمال ، وفيه من المشقة ما لا يخفى .

ومع ما لهذا الرأي من وجه ظاهر إلا أنه ينبغي أن يكون عموم الوكالة في نوع من التصرفات ، كأن يوكل محامياً عنه في جميع قضاياها ، أو يوكل شخصاً في جميع التصرفات المتعلقة بتجارته مثلاً . لأن الغرر الذي فيه يكون أقل بما في الوكالة العامة الشاملة لكل التصرفات ، فلا يحتاج إلى استثناء ، وهو مذهب الشافعية كما في نهاية المحتاج^(٢).

ونحن نميل إلى هذا الرأي ، لأنه وسط بين الرأيين يحقق لمصالح الناس متفق مع تاموس الحياة الذي يتفق يوماً بعد يوم :
وتنقسم الوكالة إلى مقيدة ومطلقة

فالوكالة المقيدة : هي التي يرسم فيها الموكل لوكيله طريق التصرف ، كأن يقول له : وكلتك في بيع هذه الأرض بثمان حال قدره كذا ، أو مؤجل إلى

(١) من ذهب إلى هذا الرأي الحنابلة كما في المفتى ج ٥ .

(٢) ص ١٩ ج ٤ : إذا قال أنت وكيل في كل شيء لا يصح للغرر الكثير ، أما لو قال له وكلتك في بيع أموالي ، أو وفاء ديوني فإنه يصح .

شهر مثلاً ، أو مقسط إلى أقساط . في مدة عام ، وفي هذا النوع يتقيد الوكيل بما قيده به الموكل ، فهو خالف فإن كانت المخالفة إلى خير نقذ التصرف ، كأن يبيع بالدين ما وكله ببيعه بألف وخمسة ، أو يبيع بثمن حال ما وكله ببيعه بثمن مؤجل .

أما إذا كانت المخالفة لا خير فيها ^(١) فإن التصرف يتوقف لغاذه على إجازة الموكل ، لأن الوكيل خرج بمخالفته عن وكالته : وأصبح فضولياً ، وهذا عند من يصح تصرف الفضولي وهم الحنفية ، وسيأتي توضيح ذلك في بحث الفضولي .

أما الوكالة المطلقة ، وهي التي لم يقيد الموكل الوكيل فيها بشيء ، كما إذا قال لآخر : وكلتك في إيجار هذه الأرض من غير أن يحدد له أجرة معينة ، ولا مدة معينة أو يقول له : وكلتك في بيع هذه السيارة دون تحديد ثمن لها ، ولم يتعرض لكون الثمن حالاً أو مؤجلاً على قسط واحد أو على أقساط .

وهذه الوكالة لا تقيد الوكيل بشيء إلا بما تعارفه الناس ؛ فإذا وكل شخص آخر ببيع داره وكالة مطلقة تقيد الوكيل بالمتعارف ، فليس له أن يبيع بغير النقد الغالب ، كما ليس له أن يبيع بثمن فاحش ، وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة ، ولا بثمن مؤجل إلا إذا جرى العرف في مثله بذلك ، وإذا وكله ببيعه مؤجلاً من غير أن يحدد له الأجل تقيد بالأجل المتعارف في مثله ، فإن لم يكن فيه عرف تقيد بالأنفع للموكل :

(١) عمل التوقف فيها إذا كان التصرف الصادر من هذا الفضولي لا يمكن تنفيذه على الفضولي كبيع مال الموكل وإيجارته مثلاً ، أما إذا وجد له لغاذاً عليه كالشراء من الغير والاستثمار منه فإنه لا يتوقف بل ينفذ عليه من حين تصرفه :

ومن ذهب إلى ذلك التقييد أبو يوسف ومحمد من الحنفية والإمام الشافعي^(١) والحنابلة في أرجح الرأيين عندهم ، ولكن الإمام أبا حنيفة يرى رأياً آخر في الوكالة المطلقة ، فيجيز لذلك الوكيل أن يبيع بأي ثمن ، وبأي نقد . حالاً كان أو مؤجلاً أو مقسطاً ، حتى ولو كان بفن فاحش ، لأن هذا هو ما يقتضيه الإطلاق ، ولو كان الموكل يقصد إلى شيء معين لقيده به في وكالته ، أما وأنه لم يفعل فقد بقى المطلق على إطلاقه ، لأن الموكل قد يقصد للتخلص من هذا المال بأي ثمن ، وعلى أي وجه .

وهذا كلام قد يكون حسناً في بعض الحالات لولا ما فيه من مخالفة لقاعدة العرف المشهورة « المعروف عرفاً كالشروط شرطاً » .

وبعد هذا فقد تكون الوكالة بغير أجر ، وهو أكثر صورها ، وقد تكون بأجر وفي هذه الحالة يكون الوكيل أجيراً ، والوكالة إجارة في المعنى .

والنوعان ثابتان من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنه وكل من يشترى له شاة بغير أجر ، ووكّل عماله في جمع الصدقات وغيرها ، وجعل لهم أجراً على ذلك .

فإذا صدرت الوكالة مع التصريح بكونها بأجر أو بغير أجر نفذ ذلك ، وإن صدرت من غير تعرض لكونها بأجر أو بغير أجر حكم العرف ، فإن كان موضوع الوكالة مما تعارف الناس دفع الأجر عليه ، كما في توكيل الهاميين للدفاع ، أو

(١) راجع نهاية المحتاج ج ١ ، وفيه : « وليس للموكل أن يبيع لنفسه ولا من في ولايته كالبنت الصغير أو المجنون وله أن يبيع لأبيه وابنه الذي ليس في ولايته وسائر فروعه . وأما أبو حنيفة فيمنع الوكيل من البيع لأحد فروعه أو أصوله ولو كان بلا غبن لوجود غمة المعابة ، ولكن صاحبه يجوز له التعامل مع الأصول والفروع وكل من لا تقبل شهادته له إذا كانت خالياً من الفتن .

توكيل السامرة في البيع والشراء لزم الأجر ، ويقدر بأجر المثل وإن لم يكن فيه عرف بأحدهما كانت مجاناً حلاً للتنازع فيه على الأعم الأغلب .

علاقة الوكيل بالموكل ؟ ومن هنا تختلف علاقة الوكيل بالموكل حسب نوع الوكالة ، فإذا كانت الوكالة بأجر كانت العلاقة بينها كالعلاقة بين الأجير والمؤجر فيلزم كل منها بمقتضى العقد ، ولا يستبد أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر إلا إذا وجد سبب موجب للفسخ ، وعلى هذا يلزم الوكيل بالمضي في العمل ، وليس له أن يتخلى عنه بدون عذر يبيح له ذلك .

وإذا كانت مجاناً كان الوكيل متبرعاً بالقيام بهذا العمل ، فلا يلزم المضي في ذلك العمل ، بل له أن يتخلى عنه في أي وقت شاء ، ولا يملك الموكل إلزامه بالمضي فيه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

والشافعية لا يفرقون بينها ، فالوكالة بنوعيتها غير لازمة كما صرح به صاحب نهاية المحتاج^(١) .

هل يملك الوكيل أن يوكل غيره ؟ : يذهب الحنفية في هذا الموضوع إلى أن للوكيل أن يوكل غيره في حالتين :

الاولى : إذا أذن له الموكل صراحة . سواء أكانت الوكالة خاصة أم عامة . مطلقة كانت أو مقيدة .

الثانية : إذا فوضه في التصرف . كأن يقول له : اعمل برأيك كيف شئت فإذا وكل كان الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل لا عن الوكيل الذي وكله ، وفي

(١) ص ٣٨ وما بعدهما ج ٤ وعبارته : « الوكالة ولو يحمل جائزة أي غير لازمة من الجانبين » .

شبه هاتين الحالتين لا يملك الوكيل توكيل غيره .

والشافعية^(١) هنا يذهبون إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره من غير إذن ما دام يمكنه أن يفعل ما وكل فيه ، وإن لم يمكنه فله لكثرة ما وكل فيه ، أو لكونه لا يلقى به أن يفعله جاز له حينئذ التوكيل ، ولكنه يوكل عن الموكل لا عن نفسه إلا إذا أذن له في التوكيل عن نفسه ، فإن الوكيل الثاني يكون وكيلاً عن الوكيل الأول ، فينزل بمنزلة الأول أو بموته بخلاف الصورة الأولى فإنه لا ينزل بمنزلة ولا بموته .

وبما تجب ملاحظته هنا : أنه في كل موضع يجوز للوكيل أن يوكل فيه غيره لا يصح له أن يوكل إلا الأمين القادر على مباشرة ما وكل فيه ، لأن ذلك هو مقتضى النظر للموكل^(٢) .

تعدد الوكلاء : للشخص أن يوكل أكثر من واحد لينوبوا عنه في القيام بما يحتاج إليه من تصرفات :

فإذا وكل كلا منهم في عمل معين ملك كل واحد ما وكل فيه فقط ، وإذا وكلهم في عمل معين يعقد واحد ، فلا يجوز لواحد أن ينفره به دون الآخرين إلا إذا صرح لهم بذلك عند التوكيل ، أو كان التصرف الموكل فيه لا يمكن اجتماعهم عليه في وقت واحد ، أو كان ذلك التصرف لا يحتاج إلى رأي وتشاور كرد الوديعة إلى صاحبها ، وكذلك إذا كان عند التوكيل أفرد لكل واحد وكالة خاصة ، بأن وكل كلا منهم على الانفرد لأن التوكيل بهذه الصورة يعطي كل واحد الحق كاملاً .

(١) والحنابلة يفترون الشافعية في الجملة راجع للفتي ٩٨ ج ٥ :
(٢) راجع للرجع السابق ٧

وفي كل موضع يحوز فيه الأفراد تنتهي وكالة الباقيين بتصرف أي واحد من الوكلاء .

حكم العقد وحقوقه بين الموكل والوكيل : يراد هنا بحكم العقد الفرض المقصود من شرعيته والأثر المترتب عليه . كذلك المبيع للمشتري والتمن للبائع في عقد البيع ، وملك المتعة في عقد الزواج وملك الأجرة للمؤجر ، والمنفعة للمستأجر في عقد الإجارة ، وملك المنفعة بدون عوض للمستعير في عقد الإعارة .

وأما حقوق العقد : فهي التزامات ومطالبات يقتضيها العقد لها اتصال بحكمه فتقرره وتمكن الماقدن من الاستفادة به على وجه سليم . كحق البائع في المطالبة بالتمن ، وضمانه سلامة المبيع من الميوب بحيث لو ظهر فيه عيب قديم وجب عليه قبوله من المشتري عند رده ، والتزامه برد الثمن عند استحقاق المبيع وكحق المشتري في المطالبة بتسليم المبيع بعد أداء الثمن وثبوت حق الخيار عند رؤيته للمبيع ، وحق رده إذا ظهر به عيب قديم .

هذا هو الفرق بين حكم العقد وحقوقه ، ولكي تعرف إلى من ترجع هذه الحقوق وتلك الأحكام ، وآراء الفقهاء في ذلك ينبغي أن تعرف أولاً :

أن من العقود نوعاً لا يقع عن الموكل إلا إذا أضافه الوكيل إليه ، كما إذا وكل شخص آخر في أن يزوجه أو وكله في أن يقترض له مبلغاً من المال أو يستعير له شيئاً أو يقبل عنه الهبة من شخص آخر ، فهذه لا بد للوكيل من أن يضيفها إلى موكله ليثبت الحكم له ، فإذا أضافها إلى نفسه ثبت حكمها للوكيل لا للموكل .

ومنها نوع لا يلزم فيه أن يضيفه الوكيل إلى موكله ، بل يقع الحكم للموكل سواء أضافه الوكيل إليه ، أو أضافه إلى نفسه ، وذلك كعقود المعاوضات المالية ، كالبيع والشراء والإجارة وما شاكلها .

ففي النوع الأول ترجع أحكام العقد وحقوقه إلى الموكل بلا خلاف ، وليس
لوكيل فيه إلا أداء العبارة ، فهو سفير ومعبّر عن الموكل فقط ومهمته سفارة ،
وليس وكالة حقيقة .

فإذا قال الوكيل بالتزويج للمرأة: زوجي نفسك لوكلي فلان تم العقد وثبت
حكم العقد للموكل وأصبح مطالباً بحقوقه ، فالمرأة تطالبه بالمهر . وليس لها أن
تطالب الوكيل ، لأن مهمته انتهت بانتهاء العبارة المنشئة للعقد .

ومثل هذا النوع في ذلك العقود التي لا يتصور أن يضيفها الوكيل إلى نفسه
كما إذا كان وكيلاً عن المرأة في الزواج ، أو وكيلاً عنها في الطلاق على مال أو
في الخلع .

وفي النوع الثاني يرجع حكم العقد إلى الموكل بلا خلاف سواء أضافه الوكيل
إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه . فيستوي قوله : اشتريت هذه السيارة بألف
وقوله اشتريتها لفلان ، لأن العقد إنما عقد من أجله .

وأما حقوق العقد فقد اختلف الفقهاء في رجوعها إلى الموكل أو الوكيل .

فالحنابلة يذهبون إلى أنها ترجع إلى الموكل .

يقول ابن قدامة في هذا الموضع ^(١) : « ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق
بالوكيل ، وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن ، وقبض المبيع والرد بالعيب
و ضمان الدرك » .

وفي موضع آخر يقول : « وثمن ما اشتراه الوكيل إذا كان مؤجلاً فإنه
يثبت في ذمة الموكل أصلاً ، وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ، وللبائع مطالبة
من شاء منها » .

(١) الفتاوى ج ٥ ص ١٣١ .

والخفية يقولون يرجوعها إلى الوكيل لأنه هو الذي تولى إصدار العقد ،
 فالطرف الآخر في العقد لا يعرف غيره ، ولكنه مع ذلك منفذ لإرادة الموكل ،
 فيجب ملاحظة الأمرين ، وهذا لا يكون إلا يحمل حكم العقد . المقصود الأصلي
 منه راجعاً إلى الموكل ، وجعل حقوقه التي تعتبر بمثابة لوازم للحكم راجعة إلى
 الوكيل ، وإنا جعلوا المقصود الأصلي - وهو الحكم - راجعاً إلى الموكل ، وما
 عداه راجعاً إلى الوكيل ، لأن الولاية الأصلية للموكل والوكيل استفاد ولايته
 على إنشاء العقد منه .

ثم إن رجوع الحقوق إلى الوكيل عندهم مقيد بشرطين

أحدهما : أن يكون من أهل الضمان ، فإن لم يكن كذلك بأن كان محجوراً
 عليه رجعت الحقوق إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه
 إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق إليه ، لأن الوكالة ضمان
 وكفالة وهو ليس من أهلها .

وثانيهما : أن يضيف العقد إلى نفسه ، فلو أضافه إلى الموكل ، كأن يقول
 اشتريت لفلان « الموكل » ، كذا رجعت الحقوق إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا
 سفير فقط .

والخفية يحكون في كتبهم خلافاً للشافعية في هذا الموضوع ، ويدعون أنهم
 يقولون يرجوع الحقوق إلى الموكل ، ولكن المذكور في كتب الشافعية خلاف
 ذلك ، فهي تصرح بأن ما سماه فقهاء الخفية حقوق العقد ، مثل المطالبة بالتمن ،
 أو تسليم المبيع ، وضمانه إذا كان مستحقاً للغير ، وما شابه ذلك ترجع إلى
 الوكيل لا إلى الموكل^(١) .

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٣٧ وما بعدها ، ، وفيها « واحكام العقد تنطبق بالوكيل =

وربما كان للشافعية قول آخر هو الذي حكاه الحنفية عنهم .

انتهاء الوكالة : تنتهي الوكالة بواحد من أمور :

١ - إذا قام الوكيل بما وكل به في الوكالة الخاصة . كأن يوكل شخص آخر في استئجار دار له ففعل ذلك .

٢ - خروج العين الموكل بالتصرف فيها عن أن تكون محلاً له ، كما إذا وكله بأن يزوج امرأة معينة فهانت ، أو وكله في شراء سيارة بذاتها فاحترقت .

٣ - إذا خرج الوكيل عن أهليته بأن جن جنوناً مطبقاً ، وهو ما يستمر شهراً كاملاً على الرأي الراجح المسمول به ، لأن صحة الوكالة موقوفة على كونه أهلاً للتصرفات ، فإذا زالت هذه الأهلية بطلت الوكالة ، وكانت تصرفاته كلها لاغية .

٤ - إذا باشر الموكل العمل الذي وكل فيه قبل مباشرة الوكيل له ، كأن يوكله في شراء شيء معين ، ثم يقوم بشرائه بنفسه ، لأنه بعد تصرفه أصبحت الوكالة لا موضع لها فتبطل .

٥ - إذا مات الموكل أو خرج عن أهليته للتصرف الذي وكل فيه ، لأن ولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل . فإذا زال الأصل زال التبعية ، وبطلان الوكالة هنا يبدأ من وقت موت الموكل ، أو خروجه عن أهليته ، فكل تصرف للوكيل بعد هذا الوقت لا اعتبار له .

دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بفارقة المجلس ، والتعاضد في المجلس حيث يشترط كل روى والسلم الوكيل ، لأنه المعقد دون الموكل ، إلى أن قال : وإذا انتهى الوكيل طالبه بالبائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل وإلا فلا يطالبه .

فمثلاً إذا وكل شخص آخر في أن يهب شيئاً معيناً من ماله لفلان ، وقيل أن يقوم الوكيل بهذا العمل حجباً على الموكل للسفه ، فإن التوكيل يبطل من وقت الحجب ، لأن الحجب مانع من التبرعات ، وبطلان الوكالة بهذا السبب لا يتوقف على علم الوكيل بما حصل للموكل ، ولكن يشترط : ألا يكون هذا التوكيل قد تعلق به حق لغير الموكل فإذا كان كذلك لم ينمزل الوكيل إلا إذا رضى صاحب الحق .

٦ - إذا تنازل الوكيل عن التوكيل فإنه ينمزل عن الوكالة ، ولكن يشترط علم الموكل بهذا التنازل لئلا يلحقه ضرر بهذا التنازل ، وهو التقرير به ، كما يشترط عدم تعلق حق لغير الموكل بهذه الوكالة ، لئلا يلحق صاحب الحق ضرر بهذا التنازل ، وحينئذ لا تنتهي وكالته إلا إذا رضى صاحب الحق بذلك .

٧ - إذا عزل الموكل من الوكالة ، فإنه ينمزل لعدم لزومها بشرطين أيضاً . أحدهما : علمه بهذا العزل لئلا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف تصرفاً يعود عليه بالضيان .

ثانيهما : ألا يتعلق بهذه الوكالة حق لغير الموكل ، كما إذا وكل الراهن شخصاً ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل أجله ، فإن هذا التوكيل تعلق به حق للمرتهن وهو الدائن ، فإذا عزل الراهن الوكيل بالبيع فإنه لا ينمزل إلا برضا الدائن صاحب الحق ، وكما لو أراد المدين السفر . فطلب دائنه من الحاكم منعه من السفر ، أو يوكل وكيلاً عنه ليخاصمه وقت الحاجة فوكل وكيلاً بالخصومة إجابة لطلبه وسافر ، فليس له أن يعزل الوكيل إلا إذا رضى الدائن بذلك .

الفضولي

التعريف به . موقف الفقهاء من شرعية تصرفاته . عقوده بسين الإجازة والرد . أثر الإجازة فيه . شروط صحة الإجازة

الفضولي في لغة العرب . هو من يشتغل بما لا يمينه أو بما ليس له وعمله هذا يسمى فضالة ، والشرعيون يريدون بكل من اللفظين معنى يقرب من المعنى اللغوي .

فالفضولي عندهم : هو من يتصرف في شئون غيره من غير أن يكون له ولاية إصدار هذا التصرف ، فالذي يبيع مال غيره أو يؤجره أو يطلق زوجته من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه . أو وكالة صادرة منه يكون فضولياً وتصرفه هذا فضالة .

هذا التصرف اختلف الفقهاء فيه على قولين :

أحدهما . أنه مشروع ، ويقع صحيحاً متى كان المتصرف أهلاً للتصرفات والمحل يقبل ذلك التصرف في ذاته ، ولكنه لا يكون نافذاً من حين صدوره بل يتوقف على إجازة صاحب الشأن ، وهو من صدر التصرف لأجله . فإن

أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية والمالكية ، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة^(١) .

ثانيها : إنه غير مشروع ، ويقع باطلاً من أول الأمر ، ولا يغير من هذا رضا صاحب الشأن به بإجازته له ، لأن الإجازة إنما تؤثر في عقد موجود .

وهذا العقد لا وجود له ، لأنه ولد ميتاً فلا تحميه الإجازة ، وإذا رغب صاحب الشأن فيه فعليه أن ينشئ عقداً آخر من جديد .

وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي في مذهبه الجديد ، والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم^(٢) .

استدل اصحاب الرأي الثاني : أولاً : بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه ، وقد ورد النهي عنه ، والنهي يفيد عدم مشروعية المنهي عنه عندهم ،

(١) راجع البدائع ص ١٤٨ وما بعدها ج ٤ وفتح القدير ص ٣٠٩ ج ٦ وبداية المجتهد ص ١٥٠ ج ٢ - وفيها يقول : يبيع الفضولي اختلقوا فيه هل ينمقد أولاً ، وبصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه هل أنه إن رضي المشتري صح الشراء ، وإلا لم يصح فمنه الشافعي وأجازوه مالك في الوجيز . ثم ساق الأدلة - والفروق للقرافي ص ٢٢٦ وما بعدها ج ٣ في الفرق - ١٨٣ - وفيه يقول : فإن للفضولي عند أهلية التصرف وتصرفه حرام وللمالك عند أهلية التصرف وتصرفه حرام وللمالك عند إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر لينفذ ذلك للتصرف فدل على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار .

(٢) راجع كشف القناع ص ١١ وما بعدها ج ٢ ونهاية المحتاج ص ٢٣ وما بعدها ج ٣

ورد ذلك في أحاديث ، منها . ما رواه ابن ماجه ^(٢١) بسنده إلى حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله الرجل يسألني البيع وليس عندي أفأ بيعه ؟ قال « لا تبع ما ليس عندك » .

فهذا الحديث يمنع من بيع ما ليس عند الإنسان ، أي ما ليس مملوكاً له : وهل الفضولي يفعل غير ذلك ؟ وإذا كان هذا الحديث وارداً في البيع ، فيلحق به غيره من التصرفات بطريق القياس .

ثانياً : بأن العقد لا يوجد شرعاً إلا إذا كان عاقداً له ولاية إصداره . إما يكونه يتصرف في خالص حقه ، أو بكونه نائباً عن غيره ، فالولاية كالأهلية فكما لا يوجد العقد من فاقده الأهلية لا يوجد من فاقده الولاية ، ولو كان كاملاً الأهلية في نفسه . لأن الانقضاء معناه الارتباط بين كلامي العاقدين بحيث تترتب عليه آثاره شرعاً ، وأنه يعمل في طيه تمهد كل منها بتمكين الآخر من أحكام العقد كاملة والفضولي لا يمكنه ذلك .

ولتوقف صحة العقد عندهم على الولاية قالوا : إن عقود الصبي المميز ، ومن في حكمه كلها باطلة .

وأما الداهيون إلى شرعيته فيستدلون على منزهتهم

أولاً : بما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى أحد أصحابه ، وهو عروة البارقي ديناراً ، وقال له : اشتر لنا من هذا الجلب شاة ، قال : فاشتريت شاتين بدينار ، وبعت إحدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار ، فقلت يا رسول

(١) ج ٢ ص ١٦ بشرح السندي وهي أوضح في الدلالة على المطلوب من رواية الترمذي التي نقلناها في الطبعة السابقة .

الله : هذه شاتكم وهذا ديناركم فقال : « اللهم بارك له في صفقة يمينه » .

ففي هذه الحادثة لم يكن هروء موكلاً إلا بشراء شاة واحدة ، فشرأوه الثانية وبينه لها كان من غير تركيل ، وهذا بيمينه هو عمل الفضولي ، وإقرار رسول الله له على هذا الوجه دليل على مشروعيته ، وأنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجازته .

ثانياً : بأن التصرفات ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة ، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه ، لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما أقدم على ذلك إلا لمصلحة عاجلة قد تقوت على من كان التصرف له ، والمفروض أنه عاقل ، والحكمة تقتضي عدم إهدار كلام المقلأ ، ففي القول بصحة تصرفه مراعاة للجانبين ، أما جانب الفضولي فبانقضاء عقده ، وعدم إهدار عبارته ، وأما الجانب الآخر فبالحكم بأنه موقوف على إجازته ، فإن رآه في مصلحته أقره ، وإن وجدته غير ذلك ألغاه ولا حرج عليه .

ثم قالوا إن حديث حكيم بن حزام لا يدل على إبطال تصرف الفضولي لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئاً ليس عنده ، ربما لا يبيده ، فيعجز عن تسليمه ، وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه .

وإذا صح عقد الفضولي فإنه يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن ،
إن أجازته نفذ وإن لم يجره بطل ، ولكن هذا الحكم ليس مطلقاً ، بل هو
مقيد بشرطين :

الأول : أن يكون لهذا العقد مجيز^(١) وقت إنشائه ، فإذا لم يكن له مجيز

(١) المجيز هو من جعل الشاوع له حق تقرير وإمضاء ذلك التصرف أو رفضه .

في هذا الوقت فلا تنفيذ فيه الإجازة كما إذا باع مال الصغير بفن فاحش، أو وهب ماله أو طلق زوجته ، فإن هذه التصرفات تقع غير صحيحة من أول الأمر لأنه لا يجوز لها عند إنشائها ، أما الصبي فلأنه ليس أهلاً لها ، وأما وليه فلأنه مقيد بما فيه مصلحة الغير وهذه تصرفات ضارة به .

أما إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأكثر منها، وكان للصبي ولي له حق الإجازة فتوقف العقد على إجازته ، وكذلك إن كان البيع لمال العاقل الرشيد .

الثاني : ألا يمكن تنفيذ هذا العقد الفضولي عند رفض صاحب الشأن له كما إذا باع مال غيره أو أجره سواء أضاف العقد إلى صاحب المال ، أم لم يصفه إليه ، وكذلك إذا اشترى أو استأجر ، وأضاف العقد إلى الشخص الذي يملكه ، كان يقول : اشتريت هذا الشيء لفلان أو استأجرته له ، فإنه في هذه الصور لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي ، وعلى هذا يكون موقوفاً على إجازة من يعمل له الفضولي إن أجازته نفذ عليه ، وإن لم يجزه بطل .

وأما إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته فإنه لا يبطل بل إن أجازته من عقد لأجله نفذ عليه ، وإن رده نفذ على الفضولي ، لأن الأصل أن الإنسان يملك نفسه إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا الأصل ، كما أن الأصل الاحتياط في التصرفات بالعمل على تصحيحها بقدر الإمكان .

وهذا كما إذا اشترى شيئاً أو استأجره ولم يصف العقد إلى من يعمل له فإنه في هذه الحالة يمكن اعتباره مشترياً أو مستأجراً لنفسه ، لأن العاقد الآخر لا يعرف شخصاً غيره فبازم به أمامه .

ويلاحظ هنا أن النفاذ يكون من وقت الإجازة في العقود التي يصح تعليقها بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، لأن هذا العقد يكون معلقاً

في المعنى على الإجازة فيصير كالمطلق حقيقة ، فيقتصر على وقت تحقق الشرط .

وأما العقود التي لا تقبل التعليق بالشرط ، كمعقود المعاوضات فإنها تنفذ من وقت إنشائها ، لأن آثارها لا تراخى عنها فتثبت من حين وجودها .

والعقود التي يتوقف غاؤها على شيء آخر غير الصيغة كالهبة - فإنها لا تتم إلا بالقبض - تنفذ من وقت تسلم الموهوب ، ويظهر أثر ذلك في زوائد المعقود عليه فإنها في البيع وأمثاله تكون ملوكة للمشتري ، لأنها زوائد ملكه .

أثر الإجازة في الفضولي : وكما أن الإجازة تؤثر في العقد بالنفاذ ، وترتب آثاره عليه بعد أن كان موقوفاً كذلك تؤثر في نفس الفضولي ، فتجعله وكيلًا من قبل إنشاء العقد ، وكأن المميز قد وكله به قبل مباشرته ، ولذلك يقرر الفقهاء : « إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » و يترتب على هذه الوكالة الجديدة ما يترتب على الوكالة السابقة على التصرف ، وقد تقدم بيان ذلك . وآثار العقد وأحكامه تترتب من وقت نفاذ العقد على التفصيل السابق .

شروط صحة الإجازة : يشترط لصحة الإجازة الشروط الآتية :

١ - أن تكون ممن له ولاية إنشاء هذا العقد ، كالولي أو الوصي ، فلا تصح من القاضي مع وجود الولي أو الوصي .

٢ - أن تصدر حال بقاء محل العقد كي يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة ، فلو أجاز العقد بعد هلاك محله ، فلا يظهر أثر لهذه الإجازة .

٣ - أن تكون في حياة من تعاقده مع الفضولي ، كي يظهر أثرها في حقه ، فلو باع الفضولي مال غيره لشخص وقبل إجازة مالك المال مات المشتري ، فإت

الإجازة التي تصدر من مالك المال لا يكون لها أثر . لعدم وجود الطرف الآخر في العقد .

٤ - أن تصدر حال حياة الفضولي ، لأنه سينقلب بها وكيلا ، وهذا الشرط في العقود التي ترجع حقوقها إلى الوكيل كالمعاوضات ، وأما في العقود التي لا ترجع حقوقها إليه فلا تتوقف صحة الإجازة على حياته ، لأنه لا صفة له في العقد بعد العبارة .

فلو زوج امرأة لرجل من غير توكيل منها ، وأجازت المرأة العقد ، فإنه ينفذ الزواج وترتب عليه آثاره سواء أكان الفضولي حياً أو ميتاً . بخلاف مالو باع مال غيره وأجاز مالك المال هذا البيع ، فإن إجازته لا تكون صحيحة إلا إذا كان الفضولي حياً ، لأن حقوق العقد سترجع إليه ، فيطالب بتسليم المبيع ويطالب بالثمن .

فالفرق بين النوعين - أن الإجازة إذا نقلته إلى مرتبة السفير ، فإن مهمته تكون قد انتهت من حين العقد فلا حاجة إلى حياته ، وإذا نقلته إلى مرتبة الوكيل فإن مهمة الوكيل لم تنته بعد فيحتاج إلى حياته ، فاشترط بقاؤه .

عقد الفضولي بالنسبة لغيره : عرفنا أن عقد الفضولي غير لازم بالنسبة لمن عقد لأجله ، فله الحق في إمضائه أو إبطاله ، وكذلك بالنسبة للمعاقد الثاني الذي تولى العقد مع الفضولي فله الحبس في فسخه قبل إجازة الطرف الآخر المقود له ، لأنه عقد لم يتم ، بل صدر منه موقوفاً على رضا الآخر ، وهو لم يوجد بعد .

وأما الفضولي . فله حق الفسخ أيضاً قبل الإجازة ، ولكن في العقود التي ترجع حقوقها إليه أو أصبح وكيلاً بالإجازة مثل عقود المعاوضات المالية ، وليس

له الحق في العقود التي يكون فيها سفير وممبر فقط كالزواج .

وسبب هذه التفرقة أن الإجازة في النوع الأول يترتب عليها إلزامه بحقوق العقد وقد يلحقه ضرر من ذلك ، فتقديراً من حقوق الضرر أبيع له فسخ هذه العقود بخلاف النوع الثاني ، لأنه لا يلتزم بشيء بعد الإجازة ، بل حقوق العقد ترجع إلى صاحب الشأن فيه فلا ضرر يلحقه من فقاذه .

فلو زوج فضولي امرأة لشخص من غير أن توكله فإنه لا يملك فسخ العقد قبل إجازة المرأة .

الفضولي في نظر القانون : أما التشريع الوضعي فقد عرض لأحكام الفضالة والفضولي في عشر مواد من القانون المدني الجديد . من المادة ١٨٨ - ١٩٧ .

فالمادة - ١٨٨ - تقول : الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملازماً بذلك .

والمواد التي بعدها تتكلم عن أحكامها التي منها . أن إقرار رب العمل ما قام به الفضولي يحل الفضولي وكيل ، والفضالة وكالة ، وأن رب العمل إذا نهى الفضولي عن التدخل في شؤنه لا يكون فضولياً ، وأن الفضولي ملازم بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه وأن الفضولي يجب عليه أن يبذل عنايته في القيام بهذا العمل ، ويكون مسؤولاً عن خطئه . وغير ذلك من الأحكام

والذي يؤخذ من ذلك بوجه عام أن القانون جعل للفضالة مرتبة لا تغل في نظره عن مرتبة الوكالة ، حتى أن الشراح تسموا في شرح أحكامها .

فالدكتور السنهوري في وسيطه^(١) يعقد لها مبحثاً طويلاً يقول في أوله :

(١) راجع ص ١٣٠ وما بعدها .

وأركان الفضايلة ثلاثة :

- ١ - أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر ، وهو الركن المادي .
- ٢ - أن يقصد من قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، وهذا هو الركن المعنوي .
- ٣ - ألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا منهيّاً عنه ، وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانوني .

٥ - حكم العقد وتقسيماته

حكم العقد كلمة تختلف اطلاقاتها في نظر الشرعيين. فمرة يريدون منها ما للعقد من آثار تترتب عليه شرعاً . كما في قولهم : حكم عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وحكم الاجارة أنها تقيد ملك المنفعة للمستأجر وملك الأجرة للمؤجر ، وحكم عقد الزواج . إفادته ملك المنفعة لكل من الزوجين بالآخر ، وحكم الرهن . حبس المرهون عند المرتهن حتى يستوفي دينه والاعارة تقيد ملك المستعير الانتفاع بالعارية مجاناً لا في نظير عوض وهكذا بقية العقود .

وأحياناً يريدون بحكم العقد ماله من صفات ثابتة له نتيجة شرعيته ، أو عدم شرعيته ، كقولهم : هذا عقد صحيح أو باطل ، أو نتيجة ما للعقد المشروع من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال ، أو لا تقتضي ذلك ، فيقال : هذا عقد نافذ ، وذاك عقد موقوف ، أو ماله من قوة ملزمة لكلا العاقلين أو لأحدهما ، أو غير ملزمة لواحد منها . كما يقال : عقد الزواج عقد لازم للطرفين بعد تمامه لا يملك أحدهما فسخه ، وأن البيع الحالي من شرط الحيار لازم للتبايعين لا يملك أحدهما فسخه بدون رضا الآخر .

وأن عقد الرهن لازم من جانب الراهن دون المرتهن ، على معنى ان للمرتهن فسخه متى أراد ، وليس للراهن ذلك ، وأن عقد الاعارة غير لازم لواحد من المتعاقدين ، فللمعير أن يرجع في إعارته ، ويسترد الشيء المعار في أي وقت يريد كما أن للمستعير أن يفعل ذلك متى شاء .

تقسيمات العقد

ينقسم العقد عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة ، وإليك بعض هذه التقسيمات :
التقسيم الاول : باعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه وعدم ذلك ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى صحيح وغير صحيح .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الفقهاء ، فقد اتفقت كلمتهم على أن من العقود عقوداً يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها ، وهي العقود التي سلت أركانها وأوصافها من الخلل ، ولم يرد من الشارع منع لها ، وتسمى صحيحة ومنها عقود أخرى تخالف سابقتها في حكمها ، وهي العقود التي أصابها خلل في ركن من أركانها ، أو وصف من أوصافها ، وورد من الشارع نهى عنها . وهذه تسمى بالعقود غير الصحيحة بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا فيها . أتمتبر كلها في درجة واحدة ، وتأخذ حكماً واحداً ، أم تتفاوت درجاتها ؟ .

فالحنفية يذهبون إلى أن العقد غير الصحيح يتنوع إلى نوعين : فاسد وباطل حسب تنوع موضع الخلل فيه ، فإن كان في ركن من أركانه كان باطلاً ، وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسداً .

وهذه غير الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح لا يتنوع ، بل هو نوع واحد يسمى فاسداً أو باطلاً على حد سواء .

وهذا الخلاف يرجع إلى أنه وردت نصوص بالنهاي عن بعض العقود . منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الفرر » كما نهى عن بيع فضل

الماء ، إلا ما حل منه ، ونهى عن بيع الميتة والخمر والخنزير ، كما نهى عن بيعتين في بيعة وغير ذلك من النصوص .

وبالنظر في هذه الأحاديث يجد النهي في بعضها راجعاً إلى ما في أحد الأركان من الخلل ، كما في النهي ببيع الخمر والخنزير والسكك في الماء فإن هذه الأشياء ليست من الأموال المتقومة ، وفي بعضها الآخر يحده راجعاً إلى وصف ملازم للعقد . كما في النهي عن بيع الغرر ، أو بيعتين في بيعة .

ومن هنا اختلف الفقهاء في أثر هذا النهي .

فذهب الجمهور إلى أن النهي مطلقاً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً . سواء كان راجعاً إلى أصل العقد ، أركانه وعمله ، أو راجعاً إلى وصف ملازم له ، فالعقد الذي اختلف فيه شرط من شروطه أو وصف من أوصافه يتساوى مع العقد الذي اختلف فيه ركن من أركانه ، فإذا ما وقع عقد من هذا النوع وقع باطلاً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار ، لأن نهى الشارع عنه يحمله غير مشروع والنهي الوارد لأجل الوصف يتمده إلى الموصوف .

وخالف الحنفية في هذا ، وقالوا : إن النهي إن كان راجعاً إلى أصل العقد بأن كان الخلل في العقد ، أو في الحل أو في الصيغة اقتضى بطلان العقد ، فلم يكن له وجود شرعاً ، ولا يترتب عليه أثر من الآثار ، وإن كان النهي لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتمدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه صدر من أهله في عمله ، فيكون العقد فاسداً .

فالعقد الفاسد موجود وصحيح بأصله ، والنهي مسلط على الوصف فقط ، فالوجود الأصل تترتب عليه بعض آثاره ، فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين ما تعاقد عليه بإذن الآخر ، والنهي عنه كان هذا الملك غير طيب ، ويجب على

المتعاقدين فسخه فإن فعلاً ذلك فيها ، وإلا وجب على القاضي فسخه ، وعلى هذا تعرف هذه الأنواع عندهم بما يلي .

العقد الصحيح : هو ما كان صالحاً لثرتب الآثار عليه ، أو - كما يقولون - ما كان مشروعاً بأصله ووصفه . ينعون بذلك أنه سليم من الخلل في أركانه وأوصافه ، ويتحقق فيه ذلك إذا صدر من أهل للتعاقد ، وهو المميز ، وكان محلّه قابلاً لحكم العقد شرعاً ، ولم يرد من الشارع نهى عنه يجعله ممياً .

فتمت تحققت في العقد مقوماته ، وتوفرت له شروطه كان سبباً صالحاً لثرتب آثاره الشرعية عليه ، ووسم حينئذ بأنه عقد سليم ، أما إذا وقع خلل في أحد الأمرين كان كان أحد المتعاقدين ، أو كلاهما فاقد الأهلية ، أو كانا من كملت أهليتهم ، ولكن كلاميهما لم يتلاقيا على شيء واحد ، أو تلاقيا ولكن محل العقد غير صالح لحكمه ، كما إذا وقع البيع على غير مال كالميتة . أو على مال غير متقوم كالمباح ، أو على مال متقوم ولكن الثمن ليس بمال متقوم ، كبيع السلم بالخر ، أو كان المبيع مجهولاً جهالة تؤدي إلى النزاع مثل بيع ثوب من غير بيان نوعه ووصفه .

ففي هذه الصور . وما شابهها يكون العقد غير صحيح ؛ إما لعدم وجود عقد أصلاً أو وجوده ممياً .

والعقد الباطل : هو ما كان مختلاً ، والخلل راجع إلى أمر أساسي فيه ، كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية كالمجنون أو العبي غير المميز ، أو تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد ، والخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد ، فالباطل غير منعقد ، ولا وجود له شرعاً .

ولذلك يقولون في تعريفه : هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، على معنى أن

الشارع لا يمتد به موجوداً وإن كانت صورته موجودة في الخارج محسوسة فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح^(١) .

والعقد الفاسد : هو ما كان مختلاً والخلل راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة ، وهذا الخلل لا يمنع انعقاده ، لأن الصيغة صدرت من هو أهل لها ، والمحل قابل لحكمها شرعاً ، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه ، كما إذا تباع عقلا ن مالا متقوماً بشمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع ، أو جعلاً الثمن خراً ، أو باع أحدهما مالا غير معين . ككثوب أو سيارة مثلاً أو باع بقرعة على أنها حامل ، وهكذا كل عقد فيه جهالة تقضي إلى النزاع الذي لا يمكن فصله ، أو فيه غرر أي تقرير يأمر موهوم غير موثوق به .

ومن هذا نرى أن العقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل ، فهو يشبه الأول من جهة سلامة مقوماته وانعقاده ، ويشبه الثاني من ناحية ما فيه من خلل ، وأن الشارع نهى عنه .

ولذلك أثبتوا له أمرين .

الأول : أنه يترتب عليه آثاره في بعض صورته إذا اتصل به القبض ، فالمشتري شراء فاسداً إذا قبض المبيع بإذن بائعه ، أو في مجلس العقد ملكه نظراً لأصل انعقاده .

الثاني : أنه مطلوب فسخه من المتعاقدين ، أو من القاضي إذا علم بذلك نظراً لما فيه من الفساد والنهي عنه ، ولكن وجوب الفسخ يثبت بشرطين .

(١) يستثنى من ذلك عقد الزواج الباطل إذا أعقبه دخول فاته يترتب عليه بعض الآثار العقد الصحيح ، وهو وجوب مهر ، لأن الدخول بالمرأة لا ينافي شرعاً من حد أو مهر . ووجوب المدة من وقت المفارقة ؛ وثبوت نسب ما يحى منه من أولاد . وهذا الاستثناء عند بعض فقهاء الحنفية الذين لم يفرقوا في الزواج بين الفاسد منه والباطل .

أحدهما : بقاء العقود عليه على ما كان عليه قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن كان غزلاً فنسجه المشتري بعد قبضه ، أو كان قمحاً فطحنه أو دقيقاً فخبزه أو هلك أو استهلك ، فإنه يتمتع الرد وإن كان الإثم باقياً .

ثانيهما : عدم تعلق حق اللغير به ، فلو باعه المشتري لأخر بيعاً صحيحاً أو وهبه ، أو تصدق به وقبضه الموهوب له ، أو التصدق عليه ، أو وقفه أو رهنه امتنع عليه الرد في هذه الصور وأمثالها ^(١) .

وما ينبغي ملاحظته هنا أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الخفية لا يسري على جميع العقود ، بل في طائفة منها فقط ، وهي العقود الناقلة للملكية ، أو العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين ، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والرهن والحوالة والشركة والمزارة والمساواة والقسمة ،

(١) ومرتبة الفساد في العقود لا تظهر لها في القوانين الوضعية ، لأنها جعلت للعقد ثلاث مراتب . الصحة وهي تقابل الصحة في الفقه الإسلامي على اختلاف في بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو يعينه البطلان في الفقه الإسلامي .

والبطلان النسبي وهو في بعض صور من قبيل العقد الموقوف ، وفي بعضها الآخر من قبيل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي ، لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يبقى صحيحاً إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي لم يكن رضاه بالعقد تاماً كمن دلس عليه في البيع مثلاً . وهذا العقد كما أنه قابل للإبطال من أحد الطرفين الذي وقع عليه الضرر قابل للإجازة منه أيضاً ، فإذا أجاز ولو كانت الإجازة ضمنية سقط حقه في الإبطال ، وليس للقاضي أن يبطله من تلقاء نفسه من غير طلب صاحبه .

ومن هنا يتبين أن تسميته بالبطل تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة . وأما العقد الفاسد في الفقه الإسلامي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر إلا في بعض صور قليلة - كما بيناه - ويجب على كل من المتعاقدين فسخذه ، وكذلك يجب على القاضي فسخذه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين ، ولا يملك أحدهما إجازته ، وإذا ثبت حكمه في بعض الصور وثبت بالتعية لا بالثمن المسمى في العقد .

وأما العقود غير الهالية ، كالوكالة والوصاية والزواج على رأى ، والعقود الهالية التي ليس فيها التزامات متعاقبة كالإعارة والإيداع ، ومثلها العبادات ، والتصرفات المنفردة ، كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار وما شاكلها . كل هذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل .

وأما الجمهور الذين قسموا العقد إلى صحيح وغير صحيح ، فاسد أو باطل على حد سواء ، فمروا العقد الصحيح . بأنه ما كان مستوفياً لأركانها ومثرائها بحيث تقترب عليه آثاره الشرعية بمجرد تمامه . وغير الصحيح ما ليس كذلك ،

وعلى هذا تكون عقود الصبي المميز والفضولي والسفيه فيما حجب عليه فيه غير صحيحة ، لأن العقد لا تقترب عليه آثاره إلا إذا كان صادراً ممن له ولاية إصداره ، وهؤلاء لا ولاية لهم على إنشاء تلك العقود ، فتقع عقودهم غير صحيحة ، فلا تنفع بإجازة الولي أو الوصي .

وقد قدمنا في بحث الفضولي ، أن الهالكية يقولون بصحة عقده ، وأنه موقوف على إجازة صاحب الشأن فيه ، وحينئذ يكون معنى الصحيح عندهم قريباً من معناه عند الحنفية ، وهو كونه سبباً صالحاً لثرتب آثاره عليه ولا يفترقان إلا في أن دائرة الصلاحية عند الحنفية أوسع منها عند الهالكية .

هذا هو حكم العقد المنهى عنه لأمر أسامي فيه أو لوصف لازم له ، فإن كان المنهى لوصف غير لازم ، وهو ما يعبر عنه بالأمر المجاور للمنهى عنده ؛ فبعض الفقهاء يرى أنه يقتضي عدم الشروعية ؛ ويكون غير صحيح نظر الظاهر المنهى ، والجمهور منهم يذهبون إلى أنه صحيح فيه كراهة فقط لأجل المنهى ، وأمثلة ذلك كثيرة .

منها البيع وقت الأذان يوم الجمعة للآية « يأبى الذين آمنوا إذا نودي

الصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ، « فإت هذه الآية تأمرنا بترك البيع وقت النداء في هذا اليوم ، وهذا النهي ليس لذات البيع . ولا لوصف لازم له ، ولكن لأمر يصاحبه ، وهو أن الاشتغال به قد يؤدي الى ترك اجابة النداء ، وليس بـلازم ، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة ، كما اذا تابعا وهما ذاهبان الى الصلاة ، وقد يترك الإجابة من غير أن يشتغل بالبيع .

ومن ذلك « التجش » وهو أن يساوم الشخص في السلعة بالزيادة في ثمنها أمام الغير متظاهراً بأنه يشترى لكي يفرر بذلك الغير ، فالتفرير ليس لازماً لهذه المساومة ، بل قد يوجد معها . وقد لا يوجد فيها إذا لم يتم الشراء مثلاً .

ومنه « تلقى الجلب » وهو أن يبادر بعض التجار ، لتلقي الجالبين للتجارة فيشتري ما معهم ، ثم يبيع لأهل البلدة حساباً يحلو له ، وبالسعر الذي يريد . وهذا مكروه ، لأنه قد يلبس السعر على الجالبين ، فيشتري بسعر أرخص ، وقد يضر بأهل البلدة ، لأنه نوع من الاحتكار ، ولذلك لم يكن مكروهاً في كل صورة ، بل فيها إذا ألحق الضرر بغيره .

اقسام العقد الصحيح : قدمنا أن العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب الآثار عليه . بأن يكون صادراً من أهله في محل صالح لحكمه ، وسالماً من الخلل في أركانه وأوصافه عند فريق من الفقهاء ، وعند آخرين : هو ما سلم من العيوب وترتبت عليه آثاره ، فعند الفريق الأول ينقسم إلى نافذ وموقوف .

فالتاقد : هو ما صدر عن شخص يتمتع بالأهلية ، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية ، كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه في ماله ، أو يعقده الوصي أو الولي للقاصر ، أو يعقده من وكله غير توكيلاً صحيحاً .

وحكم هذا العقد . أنه تترتب عليه آثاره من غير توقف على إجازة أحد سواء كان ترتيب الآثار عليه فور صدوره ، كما في العقد المتجزئ ، أو بعد فترة من الزمن ، كما في العقد المضاف إلى زمن مستقبل ، فإنه نافذ تترتب عليه آثاره . عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه .

الموقوف : هو ما يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره : كالعقد الذي يصدر من القضوي ، أو من الصبي المميز ومن في حكمه إذا كان من العقود التي لا بد فيها من رأي وليه أو وصية .

وحكم هذا العقد أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازته من يملك إصداره إجازة صحيحة ، فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد ، وكأنه لم يكن .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الحنفية والمالكية لما عرفت أنهم يصححون عقد القضوي ، وإن كانت دائرة الموقوف عند الحنفية أوسع منها عند المالكية .

وأما الشافعية ومن وافقهم فلا يكون العقد الصحيح عندهم إلا نافذاً ؛ لأنهم جعلوا من شروط انعقاده ، أن يكون للعقد ولاية إنشائه وإصداره ، فليس عندهم عقد صحيح موقوف .

أقسام العقد النافذ . ثم إن العقد النافذ ينقسم إلى عقد لازم ، وآخر غير لازم .

فالعقد اللازم : هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه

وهذا النوع منه ما هو لازم لطرفيه ، ولا يقبل الفسخ بحال من الأحوال حتى

ولو اتفق المتعاقدان على ذلك ، لأن طبيعته تقتضي هذا الزوم ولا تقبل الفسخ كالخلع والطلاق على مال ، فإن المرأة تدفع المال للزوج نظير تخليصها ، فإذا تم الخلع أو الطلاق في نظير المال لا يملك أحد من المتعاقدين أن يفسخ هذا العقد ويرفعه ، ولا يملك المتعاقدان أن يفعلا ذلك باتفاقها ، ومثلها في ذلك عقد الزواج ، فإنه بعد تمامه تترتب آثاره عليه ، ويلزم كلا من الزوجين ، فلا يملكان الاتفاق على فسخه ورفع ، لأن معنى فسخ العقد رفعه من أساسه كأن لم يكن ، فلا يبقى من آثاره شيء كما في إقالة البيع ، وما يملكه الزوج من الطلاق لا يعتبر فسخاً للعقد ، بل هو إنهاء له فقط . بدليل بقاء بعض آثار الزواج من وجوب النفقة وزوم المهر .

وهذا إذا حملنا لفظة الفسخ في التعريف على معناها المتبادر منها ، وهو إلغاء العقد ورفع من أساسه ، أما إذا توسعنا في معناها وجعلناها أعم من هذا ومن إنهاء العقد فإن عقد الزواج لا يكون من هذا النوع الذي لا يقبل الفسخ .

ومن اللازم نوع يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك ، كمقود المعاضات من البيع والإجارة والمساقاة والصلح .

وهذا النوع يكون لازماً بمجرد تمام العقد عند من لا يقول بخيار المجلس من الفقهاء ، ولا يكون لازماً إلا بعد انتهاء المجلس ، أو التخيير من أحد المتعاقدين والاختيار من الآخر عند من يقول بخيار المجلس ، وقد سبق تفصيل هذا .

والعقد غير اللازم : أو الجائز - كما يعبر عنه بعض الفقهاء - هو ما يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط أن يتحلل منه ويفسخه بدون توقف على رضا الآخر .

ومن هذا التعريف نجد أن عدم الالتزام قد يكون من الجانبين وقد يكون من جانب واحد .

فالأول : كالإيداع ، فإن كلا من المودع والمودع له كامل الحرية في فسخ هذا العقد وإبطاله سواء رضي الآخر أو لم يرض .

والإعارة . فإنه يصح للمعير أن يرجع في إعارته ، ويسترد الشيء المعار ، سواء كانت مؤقتة بحدّة أولاً ، وإن كان يلزمه ضمان ما قد يلحق المستعير من الضرر في العارية المؤقتة بوقت إذا ما رجع قبل انتهاء المدة . كما أنه يجوز للمستعير أن يتنازل عن حقه في الانتفاع ويرد العارية .

والهبة فإن الواهب له الحق في الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من الرجوع كما هو مفصل في كتب الفقه ، وكذلك للموهوب له أن يرد الشيء الموهوب للواهب ويبطل هذا العقد .

والوكالة كذلك لما سبق بيانه إلا إذا كانت بأجر ، فإنها تكون إجارة وهي من العقود اللازمة .

وفي الشركة لكل من الشريكين أن يفسخ عقد الشركة متى شاء سواء رضي الآخر أو لا ، ولكن العقد لا يفسخ إلا من تاريخ علم الشريك الآخر، وإنما كانت الشركة غير لازمة ، لأنها في واقع الأمر وكالة ، لأن كل واحد من الشريكين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات .

وكذلك الوصية ، فإنها في حياة الموصى غير لازمة ، فله أن يرجع عنها متى شاء ، وللوصى أن يردّها ويبطلها بعد وفاة الموصي .

والنوع الثاني : وهو ما يكون فيه عدم الالتزام من جانب واحد بمعنى أنه

لازم في حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالرهن ، فإنه بعد تمامه لا زم في حق الراهن ، فليس له أن يفسخه إلا برضى المرتهن . وليس بلازم في حق المرتهن فله أن يفسخه في أي وقت شاء سواء رضي الراهن أو لم يرض .

• والكفالة فإنها لا زمة بالنسبة للكفيل ، وليست لازمة للكفول له .

التقسيم الثاني - تنقسم إلى عقود مساهمة وغير مساهمة

تمهيد : العقود مشروعة لتحقيق مصالح الناس ، فهي تتبع حاجاتهم ، فكما دعت حاجة إلى إنشاء عقد من العقود فكلوه .

والملاحظ أن كل التشريعات سواء كانت سماوية أو وضعية عند وضعها لتنظم التعامل بين الناس تعني بها تعارفوه وتقره متى كان صالحاً ، وتلغى ما لا يتفق مع غايتها المقسودة ثم تضع لكل نوع اسماً خاصاً يعرف به تمييزاً له عما سواه ، وهذه العقود تعرف في الاصطلاح القانوني ، بالعقود المساهمة ، أو بالعقود العينية .

ولكن حاجات الناس المتجددة التي لا تنتهي عند حد قد تدعو إلى عقد من العقود لم يرد في التشريع ذكر صريح له ، فيفعله الناس بدافع الحاجة ، وهنا يصطلح له على اسم خاص .

من ذلك عقد الاستصناع ، وهو التعاقد على صنع شيء معين ، فقد استمر زمناً غير يسير متردداً بين البيع والإجارة ، لأن فيه بيعاً لأصل الشيء ، وفيه إجارة على صنعه وإعداده ، حتى اصطلح الفقهاء على تسميته بالاستصناع

ومثله في هذا بيع الوفاء ، فقد كان حائراً بين البيع والرهن ، لأنه بيع صورة ورهن في المعنى .

ومن ذلك التحكير ، وهو إجارة الوقف مدة طويلة من الزمن بدفع مبلغ يقارب قيمة الوقف لبيني عليه ، وينتفع به مدة طويلة غير معروفة في الإجارة المعتادة ، ثم يدفع بعد ذلك أجرة ضئيلة تشبه ما يسمى في العرف الحديث « بالإيجار الإسمي » ويترتب على هذا العقد ورائته هذا الحق ، ومثله لا يكون في الإجارة .

وموقف الفقهاء إزاء هذه العقود الجديدة بعد وضع الأسماء لها هو تخريج أحكامها على ضوء النصوص الشرعية ، والقواعد العامة ، ولذلك نجد هذا النوع مثار خلاف غالباً .

بعد هذا التمهيد نقول : إن العقود تنقسم إلى نوعين عقود مسماة عقود غير مسماة .

فالنوع الأول : هو ما وضع له اسم خاص ، وتكفل التشريع ببيان أحكامه كالبيع والإقالة والإجارة ، والرهن ، والكفالة والحوالة والهبة ، والإعارة والقرض والشركة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساواة ، والقسمة ، والوكالة ، والصلح ، والمخارجة ، والنكاح ، والوصية والإيصال .

على أن من هذه العقود ما يتنوع إلى أنواع ، كالبيع فإن منه السلم والصرف والمخايضة ، والبيع المعروف .

النوع الثاني : وهو العقود التي ليس لها اسم خاص ، وهي غير منحصرة ولا تقف عند حد ، ولكنها إذا اُصطلح لها على اسم خاص انتقلت إلى قسم العقود المسماة كما قلنا في الاستصناع ، وبيع الوفاء والتحكير وبيع الاستجرار وهو الذي يعرف اليوم « بالحساب الجاري » .

هذا والفقهاء الإسلامي لم يقف جامداً إزاء التعامل في حلقة العقود المسماة بل

ورد في مصدره الأول الأمر العام بالوفاء بالعقود « يأبى الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

ولقد أقر الفقهاء كثيراً من العقود التي لم يرد بها نص خاص ، ولكنهم كانوا معيدين بما يتفق ومبادئ الشريعة ، فها جاء من هذه العقود مخالفاً للنصوص أو القواعد الشرعية منموه وحكموا عليه بالإبطال .

وهنا نلفت النظر إلى ما يشهده بعض الناس من حين لآخر تجاه الفقه الإسلامي فهم يرمونه بالجمود ، وعدم تطوره مع الزمن ، وحجبتهم في ذلك . أنه وقف جامداً أمام ما يتجدد من عقود ومعاملات لا غنى للناس عنها ، ويعنون بذلك العقود الربوية التي أقرتها القوانين الحديثة ، وتعامل بها الناس .

ونحن إذا هذه الحرية الظالمة نقول لهم : لم يكن الفقه جامداً في يوم من الأيام ، ولا وقف حجر عثرة في سبيل التقدم ، وكيف ينسب إليه ذلك مع أنه أقر كثيراً من تلك العقود الجديدة التي لم تكن في المهد الأول حين نزول القرآن وكونه رفض نوحاً أو أنواعاً من هذه العقود ، لم يرفضها لمجرد الرفض . أو لأنه يأبى كل جديد بل رفضها لأنها تخالف مبادئه العامة . وقواعده الكلية وهو في ذلك لم يأت بدعاً ، بل شانه في ذلك شأن القوانين الوضعية ، فهي لا تقر كل ما يحدثه الناس من عقود على الإطلاق ، بل قيدت ذلك بعدم مخالفتها للقوانين ، أو النظام العام

والبلك ما يقوله الدكتور السنيهوري في هذا الموضوع .

والمقد المسمى : هو ما خصصه القانون باسم معين ، وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم ، والمقد غير المسمى : وهو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فينضج في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود . شأنه في ذلك شأن العقد المسمى ، ولكنه لما كان

أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وذلك مثل عقد النشر ، وعقد التوريد ؛ وعقد البواب ، وعقد النزول في الفندق وعقد الاعلان وغير ذلك .

والمعقود غير المساءة تصبح عقوداً مساءة حينما تشتهر ويصبح الناس في حاجة ملحة لها فتنظمها القوانين ، ولا تزال المعقود تتجدد في كل يوم .
ثم قال : إن المعقد غير المسمى يدل بوجه خاص على أن القانون المكتوب يسير وراء الحقائق الواقعة ، ولا يتقدم عليها ، بمعنى أن النظم القانونية إنما ترجع في أصولها الأولى ليس الى هوى الفقهاء والمشرعين . بل الى ما يتدعاه أولوا المصلحة وما يسيرون عليه من تنظيم علاقاتهم بعضهم ببعض حتى لينبغي أن نقول : ان هذه النظم القانونية تستند أحكامها من العادة قبل أن تمتد اليها يد التشريع .

الى أن قال : ان المعقد غير المسمى هو أؤكد الدلائل على أن الحياة القانونية لم تصب في قوالب جامدة لا تقبل التغيير ، وأنها على الضد من ذلك في حركة دائمة ، وتطور مستمر حتى من الناحية الفنية ، فمن ثانياً عقد البيع خرج عقد التوريد ، ومن عقد القرض اشتق عقد فتح الاعتماد ، وعقد الخصم وكلما ازداد نحو الحياة الاقتصادية وجدت صور جديدة من المعقود .

ومع اعتبار كل القوانين للمعقود غير المساءة إلا أنها خاضعة للأحكام العامة في المعقود ، ولذلك يقول المشرعون : إن الأفراد أحرار في أن ينشئوا من المعقود ما يشاؤون بشرط عدم مخالفة القانون أو النظام العام

بعد أن عرفنا موقف الفقه الإسلامي إزاء المعقود غير المساءة ، وأنه لا يختلف - في جلته - عن موقف القوانين الوضعية . يحسن أن نشير إلى مذاهب الفقهاء في هذا الموضوع فنقول :

إن الفقهاء المسلمين - مع اتفاقهم على أن العقود غير المسماة لا تقبل إلا إذا وافقت الأصول الشرعية - مختلفون في مدى حرية المعاقدين في إنشاء هذه العقود .

فبينما نجد فريقاً - كالظاهرية - لا يمتنعون بأي عقد إلا إذا جاء فيه بخصوصه دليل من نص أو إجماع ، لانحصار الأدلة عندهم في هذين ، إذ بنا نجد فريقاً آخر على العكس من ذلك كالحنابلة - يذهب إلى إباحة كل عقد ما لم يرد بخصوصه نص يمنعه ؛ أو يخالف القواعد العامة القطعية ، وهذا المذهب يبيح لكل عاقد أن ينشئ من العقود ما يشاء غير مقيد إلا بقيد واحد ، وهو أن يكون بعيداً عن معارضة كتاب الله ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وبين هذين الرأيين نرى جمهور الفقهاء يذهبون مذهباً وسطاً ، وهو أن المعاهد له الحرية في إنشاء العقود الجديدة ، ولكن في نطاق الأدلة المعروفة . القياس والعرف ، والمصالح المرسلة وغيرها من الأدلة التي يستند إليها بعد النص والإجماع ، والمذاهب مختلفة تبعاً لاختلافهم في العمل بهذه الأدلة .

ونحن إذا ما أمعنا النظر في هذين المذهبين ، مذهب الجمهور ، ومذهب الحنابلة لا نجد بينهما فرقاً كبيراً ، بل تكاد تنحصر دائرة الخلاف بينهما في دائرة ضيقة ، لأن العرف والمصالح المرسلة يعمل بها فيما لم يوجد فيه نص يخالف فيكون الخلاف بين المذهبين في العقود التي فيها مصالح فردية ، فإنها تصح عند الحنابلة ولا تصح عند الجمهور لعدم العرف ، ولعدم توفر شرط العمل بالمصالح وهو العموم ، لكن إذا وجد فيها قياس صحت ، ولعلها لا تعدم قياساً .

ونحن لا يمتنينا هنا تفصيل هذه المذاهب وذكر أدلتها ومناقشتها ، بل نقولها كلمة بجملة : وهي أن ما استند إليه فقهاء الظاهرية من الأدلة على المنع لا يثبت مدعاهم فضلاً عن أنها تبطل ما ذهب إليه مخالفوهم ، فحديث من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، الذي يعتبر أساس استدلالهم يفيد أن كل عقد يخالف

الأدلة الشرعية غير صحيح ، والأدلة لم تنحصر في النص والإجماع . بل هناك أدلة أخرى عمل بها المجتهدون بعد عصر النبوة ، كالمصالح والعرف والقياس
ويبقى بعد ذلك نصوص في كتاب الله وسنة رسوله توجب الوفاء بالمعقود كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الملحون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » يؤكد ذلك .

وأي فرق بين مبدأ الشروط ، ومبدأ المعقود ؟ لا فرق بينهما ، لأن كلا منهما ينشئ التزاماً لم يكن موجوداً قبله .

وعلى هذا يكون الرأي الزاجح رأي جمهور الفقهاء ، وهو أن كل عقد جديد يؤيده قياس أو عرف ، أو دعت إليه حاجة من غير أن يكون مخالفاً لما في كتاب الله وسنة رسوله حلال مباح ، بل إن مبدأ الاستحسان - الذي يرجع في حقيقته إلى الاستثناء من القواعد العامة التي يلزم من تطبيقها خروج للناس - يبيح لنا أنواعاً من المعقود غير ما تقدم تحت عنوان المصلحة .

فأي سماحة يعد سماحة الفقه الإسلامي ، وأي تفسير أوسع من هذا التيسير ؟ وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية في فتاويه : « إنه إن حرّمنا ما يجري بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع كنا قد حرّمنا ما لم يحرمه الله » .

التقسيم الثالث

باعتبار آثارها والأغراض التي تلصق منها

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى مجموعات عديدة ، كل مجموعة منها تهدف إلى غرض معين ، وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض ، ويترتب عليه آثار ، لذلك يدخل في عدة مجموعات بإعتبارات مختلفة .

فمثلاً عقد البيع الغرض منه التمليك على سبيل التبادل والمماوضة ، وإذا انتقل فيه أحد البديلين من يد إلى يد كان مضموناً على من انتقل إليه ، فلهذا يعدّارة من عقود التمليكات في مقابلة الإسقاطات . وأخرى يعد من عقود المماوضات في مقابلة التبرعات ، وثالثة يعد من عقود الضمان ، على معنى أن البديلين يعد انتقالهما من يد إلى أخرى يكونان مضمونين ، وهذا في مقابلة عقود الأمانة ، وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد من قبضه ، كما في عقد الإيداع ، فإن المال في يد المودع أمانة لحساب المودع ، فلا يكون مضموناً عليه إذا هلك من غير تعد ولا تفریط منه .

ونحن لو استقصينا سائر العقود لحصر أغراضها المتنوعة لطال بنا الكلام ، ولكننا سنقتصر على الأغراض العامة ، وهنا نجد العقود ، إما أن تكون غايتها التمليك ، أو الإسقاط ، أو الاشتراك ، أو التفويض والاطلاق ، أو التقيد ، أو التوثيق والتأمين ، أو الحفظ ، فهذه أغراض سبعة تنوع العقود تبعاً لها إلى مجموعات سبع .

١ - عقود التمليكات : وهي ما يكون المقصود منها التمليك . سواء كان التمليك لأعيان المال أو لمنافعها ، وهذا التمليك قد يكون بموئ ، وقد يكون مجاناً ، فانقسمت هذه المجموعة إلى مجموعتين بل ثلاثة .

(أ) المعاوضات : وهي التي تقوم على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين الماقدن كالبيع والاجارة والصلح عن دعوى المال بالمسال ، والقسمة للأموال الشائنة ، والزواج والمضاربة والمساقاة والمزارعة والاستصناع ، فإن هذه وأمثالها فيها معاوضة ومبادلة من طرفي العقد .

(ب) التبرعات : وهي التي تقوم على أساس المعونة والمساعدة من أحد الطرفين للآخر من غير مقابل ، ومن هذا النوع الهبة والاعارة والصدقة والوصية والكفالة من غير أمر المدين والحوالة كذلك .

(ج) عقود هي تبرعات في ابتدائها . كالقرض ، والهبة بشرط المعاوضة والكفالة بأمر المدين ، فإن القرض متبرع عند الاقراض ، ولكنه عند رجوعه على المقرض يمثل ما أخذه يكون معاوضة لأنه يأخذ عوض ما دفعه .

وكذلك الكفيل عندما يلتزم بالدين الذي على المدين يكون متبرعاً بهذا الالتزام ، فإذا دفع الدين ورجع على المدين يمثل ما دفعه يؤول إلى المعارضة .

والهبة بشرط العوض اعتبرها بعض الفقهاء معاوضة في المبدأ ، وآخرون يجعلونها من هذا النوع ، فنظراً للفظ الهبة تكون تبرعاً في المبدأ ، ونظراً لاشتراط المعاوضة تكون معاوضة في نهايتها ، ولا شك أن الأحكام تختلف تبعاً لهذا الاختلاف ، فمن جعلها معاوضة ابتداء شرط فيها ما يشترط في البيع وأن الملك يتم بمجرد العقد ، ومن جعلها تبرعاً في الابتداء لاحظ فيها توفر شروط الهبة ، وقال إن الملك فيها لا يتم إلا بالتبض .

٢ - الإسقاطات وهي ما يكون المقصود منها إسقاط حق من الحقوق

سوا كان ذلك في نظير بدل ، أو لا في نظير شيء ، ومن هنا تنوعت الاسقاطات إلى نوعين .

(أ) إسقاطات خالصة ، كالطلاق المجرد عن المال ، والاعتاق كذلك ، والعفو عن القصاص من غير بدل ، والتنازل عن حق الشفعة مجاناً ، وإبراء الدائن المدين من دينه .

(ب) إسقاطات فيها معنى المعاوضة ، كالطلاق في نظير مال تدفعه الزوجة والاعتاق في نظير مال يدفعه المعتق ، والعفو عن القصاص في نظير مال بدفعه القاتل .

٣ - عقود المشاركة : وهي التي يكون المقصود منها الاشتراك في غناء المال أو ما يخرج من العمل ، ومنه عقود الشركة بأنواعها ، والمزارعة والمساكنة والمضاربة وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال ليتجر فيه على أن يشتركا في الربح .

٤ - عقود التفويض والاطلاق : وهي التي يفوض فيها شخص أو أشخاص لآخر في أن يقوم بعمل ، ويطلق يده في التصرف بعد أن كان ممنوعاً منه .

ومن هذا النوع الوكالة ، فإن الموكل يفوض الوكيل ، وينيبه عنه ، ويطلق يده في التصرف الموكل فيه .

وعقد الإيصاء ، وهو أن يهب شخص لآخر في أن يتولى شئون أولاده القاصرين بعد وفاته ، فهو بهذا قد فوض إليه التصرف ، وأطلق يده في أمران ممنوعاً منه ، ومنه أيضاً الإذن للمحبور عليه في التصرف ، والإذن للصغير المميز بالتجارة ، ومنه أيضاً تولية الولاية والقضاء .

٥ - التقييدات: وهي التي يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحا له، وذلك كمنزل الأوصياء ونظار الوقف والولاية والقضاء والوكيل ، ومنع المحجور عليه والصبي من التصرف به. الإذن لها فيه ، فإن هذه الأمور كلها فيها منع وتقييد بعد إطلاق سابق .

٦ - عقود التوثيق والتأمينات: وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه قبل المدين ، ومن هذا النوع الكفالة والحالة والرهن .

٧ - عقود الحفظ : وهي التي يقصد منها حفظ المال فقط ، كمقد الإيداع ، فإن المودع يضع ماله عند المودع ليحفظه ، ولا شيء غير الحفظ .

التقسيم الرابع

تنقسم العقود إلى عقود عينية ، وعقود غير عينية :

فالعقود العينية . هي التي لا يكفي لترتيب آثار العقد عليه فيها مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها ، لأن تمام الالتزام فيها يتوقف على قبض العين وهذه العقود هي

الهبة ، والصدقة ، والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والقرض .

فهذه العقود قبل تحقق القبض فيها لا يظهر لها أثر ، وإن كانت في بعضها خلاف بين الفقهاء .

ونحن إذا نظرنا إليها لمجدداتها كلها من عقود التبرع ما عدا الرهن ، والتبرع إحسان فلا به له من شيء يؤكد ، فقبل القبض يكون عرضة الرجوع عنه ، وأما الرهن فإنه شرع موصوفاً بالقبض في قوله تعالى « فرهان مقبوضة » .

والعقود غير العينية هي التي لا يتوقف تمامها وترتيب الآثار عليها على شيء غير الصيغة . فهي تتم بمجرد الصيغة السليمة من الميوب ، وهذا النوع يشمل سائر العقود ما عدا العقود الستة السابقة .

ثم إن الفقهاء مختلفون فيما يتحقق به القبض في النوع الأول ، فمنهم من ذهب إلى أنه يتحقق بالتخلية بينه وبين من يكون منه القبض بحيث يتمكن من تسلطه

والاستيلاء عليه ، وهذا إما يكون برفع الموانع .

ومنهم من يذهب إلى أنه لا بد من القبض الحسي باليد فيما يمكن فيه ذلك كالنقولات ، وأما ما لا يمكن فيه هذا فيكفي فيه التخلية ، ويرجع في ذلك كله إلى العرف .

التقسيم الخامس

باعتبار اتصال آثار العقد به وقت إنشائه وعدم اتصاله به

ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع ، منجز ، ومضاف ، ومعلق .

فالعقد المنجز : هو الذي تكون صيغته دالة على إنشائه وامضائه من حين صدوره ما لم يوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليها ، وهذا لا يكون إلا إذا كانت الصيغة خالية من الإضافة إلى زمن مستقبل ، ولم تعلق على وجود أمر معدوم سيوجد في المستقبل وإن قيدت بقيد يلزم أحد المتعاقدين بشيء لا يقتضيه العقد فإن هذا التقيد شيء لا يمنع تنجزها ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد .

فإذا قال شخص لآخر : اشتريت منك هذه الساعة بكذا بشرط أن تقوم بإصلاحها مدة سنة من الآن ، وقال الآخر : قبلت ، فإن هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد البيع من وقت صدوره ، وترتب آثاره عليه ، والشرط لا يمنع من ذلك شيئا ، ولكنه ألزم البائع بالإصلاح في المدة المشروطة ، فيجب الوفاء بهذا الالتزام إذا كان العرف جرى بمثله .

العقد المضاف : هو الذي تدل صيغته على إنشائه من حين صدورها على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل يضيفه إليه : مثل أن يقول شخص لآخر : استأجرت منك هذه الدار كل شهر بعشرة جنيهاً ابتداء من أول الشهر

القادم ، ويقول الآخر : قبلت فإن هذه الصيغة دلت على إنشاء عقد الأجرة فور صدورها ، ولكن العبارة الزائدة في الصيغة ، وهي قوله . ابتداء من أول الشهر القادم - أخرت ترتيب الحكم إلى مجيء ذلك الوقت المضاف إليه ، ولولا هذه الإضافة لترتب الحكم من وقت العقد .

والمقد المضاف كذلك يكون مطلقاً عن التقييد بالشرط ، وقد يكون مقيداً به كما إذا قال : آجرتك هذه الأرض لتزرعها مدة ثلاث سنين بكذا ابتداء من العام القادم بشرط أن تدفع لي نصف الأجرة عند ابتداء المدة ويقول الآخر : قبلت .

والمقد المعلق : هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها ، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق « إن وإخوانها » على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده . وإن لم يوجد ذلك فلا يوجد العقد نحو : إن سافرت من هذه البلدة فقد وكلتك ببيع منزلي وما فيه من أثاث .

فالمقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة ، وإنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فالفرق بينه وبين المضاف ، أن العقد في حالة الإضافة موجود وقت التكلم ، والحكم غير موجود ، بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف إليه ، وفي حال التعليق كلاهما غير موجود ، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق عليه .

فإذا قال شخص لآخر : إذا أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا كفيل به ، فإن هذا الكلام لا ينمق سبباً للكفالة الآن ، بل حينما يتحقق الإقراض ، فيصبح القائل

كفيل بعمده ، ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت .

والفرقة بين المضاف والملق هو مذهب الحنفية ، ولكن الشافعية يذهبون إلى التسوية بينهما ، على معنى أن العقد موجود في حالة التعليق ، كما في حالة الإضافة ، والتعليق منع من ترتب الحكم عليه حين تحقق الشرط ، كما أن الإضافة منعت ترتب الحكم إلى أن يبيح الوقت المضاف إليه .. والمسألة مشهورة مفصلة في بحث مفهوم الشرط في علم أصول الفقه .

ثم إن التعليق لا يفيد الحكم السابق إلا إذا كان الملحق عليه معدوماً عند التعليق يمكن الوجود في المستقبل . مثل ما إذا قال شخص عنده مريض : إن شفى الله مريضى لأتصدقن بكذا من المال ، أو يقول شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك ، أو يقول الرجل لامرأته : إن خرجت اليوم فأنت طالق ، وما شابه ذلك ، فإن الشفاء معدوم الآن ، ويحتمل وجوده في المستقبل ، وكذلك السفر ، وخروج المرأة اليوم .

أما إذا كان الملحق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صوري ، وهو في الحقيقة تنجيز ، كما إذا قال شخص لآخر : وهبتك هذه الساعة إن نجحت في الإمتحان ، وكان في هذا الوقت ناجحاً .

أو إذا قال شخص لآخر : إن ملكت هذه الدار أجرتها لك بكذا ابتداءً من الشهر القادم ، وقال الآخر قبلت ، وتبين أنه كان مالكاً لها وقت العقد بطريق الإرث مثلاً ، فإن التعليق يكون صورياً .

وإذا كان الملحق عليه معدوماً يستحيل وجوده في المستقبل لم ينمقد العقد أصلاً ، كما إذا قال رجل لامرأة : زوجيني نفسك ، فأجابته بقولها ، إن سقطت

السماء على الأرض زوجتك نفسي ، فإن هذا التمليق مبطل للعقد ، لأن الفرض منه واضح ، وهو إفهام المخاطب أن إنشاء هذا الزواج مستحيل ، ومثل هذا يجعله معالاً .

وإذا قال شخص لآخر : إن شربت ماء هذا البحر كله وهبتك هذا الشيء ، فإن هذا التمليق ينبيء عن استحالة الهبة ، فيكون الكلام لفواً لا أثر له في إنشاء العقد .

العقود بين التنجيز والتعليق والإضافة

بعد أن عرفنا معاني هذه الكلمات والفرق بينها. بقى أن نعرف مدى قبول العقود لهذه المعاني ، فنقول .

الأصل في العقود كلها أن تكون منجزة ، لأنها موضوعة لإفادة أحكامها في الحال ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا ما كان بطبيعته بأبى التنجيز ، وينحصر ذلك في عقدي الوصية والإيصاء ، فإن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، فإن قبل الموصى له الوصية في حياة الموصى يكون هذا القبول لغواً ، يستوي في ذلك إضافة المقد إلى ما بعد الموت ، وعدم إضافته ، فلو قال شخص لآخر: أوصيت لك بربع مالي ، كان ذلك مساوياً لقوله : جعلت لك هذا القدر من المال بعد وفاتي وصية ؛

والإيصاء : جعل الشخص غيره وصياً على أولاده ، أو خفدته بعد وفاته ، فهذا المقد لا يترتب عليه حكم إلا بعد الوفاة . سواء أضاف ذلك إلى ما بعد الموت أو لم يضفه .

العقود والاضافة : تتنوع العقود بالنسبة لقبولها الاضافة، وعدم قبولها ذلك إلى ثلاثة أنواع .

١ - عقود لا تكون إلا مضافة ، وهي الوصية والإيصاء كما سبق بيانه .

٢ - عقود تقبل الاضافة ، على معنى أنها تصح أن تكون منجزة ، ويصح

أن تكون مضافة ، فإذا كانت منجزة ، ترتب عليها آثارها في الحال ، وإن كانت مضافة وجد المقد وتأخر حكمه إلى زمن الإضافة ، وقد عدّها فقهاء الحنفية أربعة عشر عقداً .

وهي بوجه عام تشمل العقود الواردة على ^(١) المتافع « كالأجارة والاعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، والأسقاطات . كالطلاق والخلع من جانب الزوج ، والاعتاق ، والوقف ، والاطلاقات ، كالوكالة والقضاء ، والامارة ، والتوثيقات كالكفالة والحوالة .

٢ - عقود لا تقبل الإضافة ، وهي بوجه عام عقود التملكيات التي تقيد تملك الأعيان ، كالبيع وإجازته ، والهبة والصلح عن مال والبراء عن الدين ، ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة .

والفرق بين النوعين حيث جاز في الأول الإضافة ، ولم تجز في الثاني - أن النوع الأخير عقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها فتأخيرها يكون إهمالاً لها ، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، ولأنها في الأصل موضوعة لإفادة أحكامها في الحال ، والصفة المضافة لا تقيد ذلك ، فتكون بعيدة عن كونها سبباً في هذا النوع فلا ينعقد بها المقد .

وأما النوع الذي قبله فإنه وارد على المنفعة في بعضها ، وهي لا توجد مرة واحدة ، بل توجد متدرجة مع الزمن ، فإضافتها لا تنافي وضعها ، بل معنى للإضافة ملاحظ فيها .

والأسقاطات إنهاء لما يملكه العاقد ، فله أن ينهيها في الحال ، وأن يؤخرها .

(١) راجع تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٤٤ وما بعدها ، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٤ ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢ وما بعدها في الفصل السادس والعشرين ، فيا يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل وما يصح تملكه وإضافته وما لا يصح .

فترة من الزمن .

والاطلاقات لا تقيد أحكامها دفعة واحدة ، بل تثبت شيئاً فشيئاً ، فلا تتنافى معها الإضافة ، والتوثيقات كذلك ، فقد يكفل الشخص ، ولا يطالب بدفع الدين إلا بعد فترة من الزمن ، وقد لا يؤدي ، وكذلك الحال عليه ففيها معنى الإضافة فلا يتناقض معها .

المقود والتعليق : تنقسم المقود بالنسبة لقابليتها للتعليق إلى قسمين . قسم لا يقبل التعليق بحال ، وآخر يقبله ، وهذا الأخير تحته صنفان صنف يقبل التعليق بالشرط مطلقاً ، وصنف لا يقبل التعليق إلا بالشرط الملائم فتكون ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المقود التي لا تقبل التعليق بحال ، وقد عدّها صاحب جامع الفصولين ^(١) ثلاثة عشر .

وهي بوجه عام تشمل التمليكات سواء أكانت واردة على الأعيان أم على المنافع ، الماوضات منها والتبرعات ^(٢) ما عدا عقد الوصية ، كالبيع وإجازته والهبة والقرض ، والإجارة والإعارة ، والمزارعة والمساقاة عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع ، والتقييدات ، كالرجعة ، والحجر على المأذون له

(١) ح ٢ ص ٢ وما بعدها في الفصل ٢٦ : وكذلك البحر الرائق ح ٦ ص ١٩٤ وما بعدها . باب المتفرقات ، وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٢٤ ، وراجع مع ذلك الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٢٨ وما بعدها في الفروق ٤٥ .

(٢) والشافعية يوافقون الحنفية في عقود الماوضات والتبرعات جميعاً والمالكية يوافقونهم في الماوضات ، ويختلفون في عقود التبرعات ، فيميزون التعليق فيها لأنه لا يترتب عليه ضرر فيها ، ولأن ما فيها من الضرر لا يلحق الضرر بواحد من المتعاقدين فأي ضرر يكون في قول الرجل : إن نجحت في عملي هذا وميتك ذلك الشيء أ فإذا تحقق الشرط وجبت الهبة ، وإن لم يوحّد فلا يلحق الموهوب له ضرر من ذلك .

بالتجارة . وكذلك الرهن . والبراء على الأصح باعتباره تخليصاً للدين لا إسقاطاً له .

وإنما منع تعليق هذه العقود ، لأن الأصل في العقود أن توجد بمجرد وجود الصيغة بالدالة عليها ، فتعلق وجودها على أمر محتمل الوجود قد يوجد وقد لا يوجد يجعلها مترددة بين الوجود والعدم ، فهو أشبه بالقيار والمخاطرة فيكون فيها غرر .

فاذا قال شخص لآخر : إن لم أجد لهذا الشيء مشترياً بسعر أغلى مما حددته بمته لك ، ويقول الآخر ، قبلت ، فإن العقد لا ينعقد ، بل يكون فاسداً ، لأنه لا يدري وقت هذا الكلام . أوجد بيع في المستقبل أولاً ، وكذلك لو قال شخص لآخر . إن وجدت مسكناً غير هذه الدار أجرتها لك بكذا كل شهر ، ويقبل الآخر .

أو يقول الرجل للمرأة : تزوجتك إن رضي أهلي ، وتقول له قبلت .

أو يقول الرجل لابنه : إن نجحت في الامتحان وهبتك هذه الساعة ، أو يقول شخص لآخر : إن جاءني فلان بما عليه من الدين أقضتكم مبلغ كذا ، وهكذا في بقية تلك العقود .

النوع الثاني : عقود تقبل التعليق بكل شرط ، ومنها الوكالة والوصية والإيصاء ، والإسقاطات كالطلاق والاعتاق والتنازل عن حق الشفعة ، والالتزامات التي يخلف بها كالنذر نحو قولك : إن نجحت في الامتحان هذا العام لأصدقن على الفقراء كذا من المال . فإن هذا يصح ، وإذا تحقق الشرط

الملق عليه ، وهو النجاح لزمه التصديق .

وكذلك لو قال شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك في التصرف في تجارتي ، أو تقول لغيرك : إن وجدت كذا في السوق فاشتر لي منه كذا ، فإنه يصح ، ويكون وكيلاً عند تحقق الشرط ، ولو قال شخص لآخر . إن ملكت هذا المنزل جعلته لك وصية صح .

قالوا . وإنما صح تعليق هذه العقود ، لأنه لا يترتب على تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين ، ولأنها إما التزام شخصي يتعلق بإرادة الملتزم كما في الاسقاط والنذر ، أو إطلاق في التصرف ، وهو في معنى التصرف الشخصي كما في الوكالة والإيصاء وكل ذلك يتعلق بإرادة من صدرت منه ، فهو الذي يكيفها حسبما يريد ، والوصية لا ينافيها التعليق ، لأنها في الأصل كالمعلقة على الموت ، حيث لا تكون إلا بعده ، فيصح تعليقها على شيء آخر .

النوع الثالث : عقود يصح تعليقها بنوع من الشروط دون نوع ، فيصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواء كالكفالة والحوالة والاذن بالتجارة

والشرط الملائم : هو ما كان متفقاً مع مقتضى المقصد شرعاً أو عرفاً بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق ، كأن يقول شخص لآخر : إن دابنت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين ، أو إن لم يؤد فلان ما عليه لك من الحق غداً فأنا ضامن له ، أو إن استحق المبيع فأنا كفيل بثمنه أو يقول القيم على الصغير : ان أظهرت مهارة في تصرفاتك فقد أذنت لك بالتجارة .

وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كأن يقول شخص لآخر

ان تقدمت في الامتحان فقد تكفلت بما لك من الدين على فلان ، أو يقول :
ان كان الجو حاراً فقد أذنت لك في التجارة ، فإنه لا علاقة بين هذه الشروط
وتلك المقود ، وهذا التعليق مفسد للمقد ، لأنه لا يظهر فيه فرض صحيح
فيكون كالهزل . والمقود لا تصلح معه الا هنا ورد به النص ، وهو حديث
« ثلاث جدهن جد وهزلهن جد » .

ولكنني بهذا القدر من تقسيات المقود .

٦ — عيوب العقد

يراد بصيوب العقد هنا الأمور التي تلبس إلهاء ، ويكون لها فيه نوع تأثير ، سواء أكان تأثيرها في أصل العقد ، كما في الغلط في عمل العقد ، أم في لزومه كما في الغلط في وصف من أوصاف المقود عليه ، وكما في النسيب مع التفرير والسيوب التي تلم بالمقد كثيرة متنوعة ، ولكنها ترجع في أغلب صورها إلى ثلاثة أنواع :

الأكراه ، والغلط ، والنسيب مع التفرير .

الأكراه : معناه في اللغة : حمل الإنسان غيره على ما يكره قهراً والقضاء يريدون به معنى يقارب ذلك ، وهو طلب الشخص من غيره الاتيان بعمل غير واجب عليه شرعاً مع تهديده بإلحاق الأذى به ان لم يجب طلبه^(١) .

ثم إن مجرد الطلب المقترن بالتهديد لا يحقق الأكراه شرعاً ، بل لابد وأن يكون من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به ، وأن يكون المهدد جاداً في تهديده بحيث يظن المكروه جديته ، وأنه منفذ لما هدد به إذا لم يمتثل ، وأن يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكروه تحمله ، وان يكون ما أكره عليه متمتعاً على

(١) وعرفه الرسخي في مبسوطه ج ٢٤ ص ٣٨ فقال : هو فعل يفعله الزم بغيره فينتهي به رضاه أو يقصد به اختياره ، وعرفه أصحاب المجلة المدنية بأنه « إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق دون رضاه بالاخلاق » المادة ٩٤٨ .

المكروه قبل الاكراه إما لحق انسان آخر ، أو لحق المشرع^(١) ، فان اختل واحد من هذه القيود لا يتحقق إكراه ، كما إذا كان المهدد غير قادر على ما هدد به سواء كان بسبب عجزه عن التنفيذ ، أو بسبب استطاعة المكروه الافلات مما هدد به أو كان هازلاً في تهديده في الواقع ، أو في اعتقاد المكروه ، أو كان الشيء المهدد به مما لا يشق على النفس احتماله :

وما دام التهديد وقع من القادر على تنفيذه تحقق الاكراه لا يميناً بعد ذلك أن يكون من اصحاب الولاية والسلطان . أو عامة الناس .

والإكراه بهذا المعنى يتنوع الى نوعين ، تام وغير تام ، أو على حد تعبير الفقهاء والأصوليين إكراه ملجئ ، وإكراه غير ملجئ .

فالإكراه الملجئ : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس ، أو بإتلاف عضو أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه تلف النفس أو العضو ، أو بإتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم .

والإكراه غير الملجئ : هو التهديد بما سوى ذلك مما يشق على النفس احتماله كالتهديد بالضرب الذي لا يخشى منه التلف ، أو بإتلاف بعض المال ، أو بالتأنيب الشديد أمام الناس ، ولا شك في أن هذا النوع يختلف باختلاف الاشخاص ، فرب أمر يعتبر إكراها في حق شخص بينما لا يكون كذلك في حق غيره . وهذا النوع ليس له حدود فاصلة ، بل أمره متروك الى القاضي بقدره حسبما وقع ، فإذا كان الشيء المهدد به مما لا يشق على النفس احتماله لا يتحقق الاكراه .

والإكراه بنوعيه لا يؤثر في الأهلية ، بل المكروه مع هذا الإكراه له أهلية أداة كاملة ، ولكنه يؤثر في الرضا فيعده ، لأن الرضا رغبة ، ولارغبة مع

(١) راجع كشف الاسرار .

الإكراه ، وكما يعدم الرضا يعدم الاختيار عند غير الحنفية الذين يرون التلازم بين الرضا والاختيار .

وأما الحنفية فإنهم يرون أن الإكراه الملجئ مفسد للاختيار لأنه يجعل المكره كالألة في يد المكره ، ولهذا ينسب الفعل الى من كان منه الإكراه كأنه وقع منه ، وأما غير الملجئ فلا يفسد الاختيار ، بل يكون المكره مختاراً واختياره صحيح ، لأنه يستطيع أن يتحمل ما هدد به من الأذى^(١)

والكلام على الإكراه فيه تفصيل تكفل علماء الأصول ببيانه في بحث عوارض الأهلية هناك .

وأما أثره في العقود - وهو ما يعيننا هنا فقد سبق بيانه في بحث العقد بين الإدارة الباطنة والظاهرة ، من هذا الكتاب .

والقانون المدني تكلم عن الإكراه في مادتي ١٢٧ ، ١٢٨ ، بين فيها حكم الإكراه وأثره في العقد ، وحكم ما إذا وقع الإكراه من غير المتعاقدين .

الغلط : الغلط في العقد قد يكون باطنياً . أي في الإدارة الباطنة ، كأن يبيع شخص لآخر ، أو يتصدق عليه اعتقاداً منه أنه فلان ، ويظهر أنه غيره ، وكان يشترى سيارة بثمن معين معتقداً أن قيمتها كذلك ، ثم يتبين أن قيمتها نقصت كثيراً عن ذي قبل ، وكما إذا اشترى خاتماً معتقداً أنه من ذهب فيظهر أنه من الفضة المموهة بالذهب أو من النحاس أو ما شاكل ذلك من صور الغلط

(١) والإكراه بنوعه معتبر في التصرفات القولية ومنها العقود ، وأما التصرفات الفعلية ، كاتلاف مال الغير أو الاعتداء على النفس فلا اعتبار فيها إلا للإكراه الملجئ ، فهو الذي يعطى المهددة عن المكره ، بخلاف غير الملجئ ، فاته لا أثر له ويكون المكره ضامناً . راجع المادة - ١٠٠٧ من مجلة المدلية :

التي لا يوجد في الصيغة ما يدل عليه .

وقد يكون الفلظ ظاهرياً ، بمعنى أنه يوجد في الصيغة ما يدل عليه ، كما إذا قال شخص لآخر : بمعنى هذا الفص من الماس بثمن قدره كذا مشيراً إلى فص تبين فيما بعد أنه من زجاج ، فإن المشتري هنا وقع في خطأ حيث اعتقد أن الفص الذي اشتراه من الماس ، والواقع خلاف ذلك ، وقد جاء في كلامه ما يدل على هذا الخطأ .

والفقهاء لم يلتفتوا إلى النوع الأول^(١) ، لأن العبارة عندهم في المقود بوجه عام بما يدل على التوابع من الألفاظ وما في معناها ، فما دام الخطأ لم يوجد في الصيغة لفظاً يختلف معناه مع الواقع لا يلتفت إلى دعوى الخطأ ، ولا يترتب عليه أي أثر ، والمعتبر عندهم هو النوع الثاني الذي يوجد في الصيغة ما يدل عليه ، ومع ذلك فقد قصروا كلامهم هنا على الفلظ المتملق بمحل العقد ، وأما المتملق بذات الماقد ، أو بصفاته فمسله بحوث أخرى كالولاية والفضالة .

ومعنى الفلظ في محل العقد . هو ظهور المقود عليه على خلاف ما عين بالمقد . وهذا الفلظ يؤثر في رضا الماقد الذي وقع في جانبه ، لأنه ما رضى بالمقد إلا على الحالة التي قدرها وأنشأ العقد على اعتبار وجودها ، فإذا اختلفت الحقيقة مع ما قدره فات رضاه بالمقد ..

ثم إن هذا الفلظ لا يخلو إما أن يكون في جنس المقود عليه ، أو في صفة من صفاته .

(١) قد يقال : ان هذا يخالف ما سبق في بحث الإرادة الظاهرة والباطنة . وهو ان فريقاً من الفقهاء يمولون على الإرادة الباطنة دون الظاهرة ، والجواب أنه لا يخالف لأن محل اعتبارهم للإرادة الباطنة انما هو عند وجود تخالف بين الإرادتين . لذلك قلنا في تقرير منعيهم هناك : انهم يعتبرون الإرادة الظاهرة اذا لم يوجد ما يخالفها ، فإذا وجد اعتبر ذلك وألغيت المبارة ..

الأول : يتحقق عند ما يكون المذكور عند إنشاء العقد من جنس آخر غير جنس الذي عينه بالإشارة ، كما إذا قال اشترت هذا الفص من الماس مشيراً إلى فص معين ، وبعد قبول الآخر ظهر أنه من الزجاج ، أو اشترت على أنه من الياقوت فوجده من الزجاج ، أو اشترى ثوباً على أنه من الصوف فظهر أنه من قطن مصبوغ ، أو اشترى داراً معينة على أنها مبنية بالآجر فظهر أنها مبنية بالطين ، وما شاكل ذلك .

والضابط في اختلاف الجنس وعدمه - في نظر الفقهاء - أنه إذا تفاوتت الأغراض والمقاصد بين الشئين تفاوتاً كبيراً ، كالزجاج والماس ، أو التحدث الأغراض ، ولكن اختلفت القيمة اختلافاً كبيراً كالدار المبنية بالآجر ، والمبنية بالطين كان الجنس مختلفاً ، وإن لم يوجد هذا التفاوت ، أو هذا الاختلاف لم يكن الجنس مختلفاً ، كما في الياقوت الأصفر والأحمر ، والبقرة الحلوب وغير الحلوب ، والقماش الحرير المصنوع في جمهورية مصر العربية والمصنوع في اليابان^(١)

والثاني : وهو الاختلاف في الصفة يتحقق عندما يكون المشار إليه في العقد والمذكور فيه غير مختلفين في الجنس بالمعنى السابق ، كما إذا اشترى ثوباً من الحرير على أنه مصنوع في جمهوريتنا ، فتبين أنه مصنوع في اليابان مثلاً ، أو اشترى بالليل فص ياقوت على أنه أحمر فتبين أنه ياقوت أصفر ، أو يتزوج امرأة على أنها بكر فتظهر غير بكر ، أو يتزوجها على أنها متحلة فتبين أنها جاهلة .
والأثر الذي يترتب على الخلط في أحد النوعين يختلف عن الآخر ، فالخلط في النوع الأول مبطل للعقد ، فيجمله كأن لم يكن ، لأن محل العقد غير موجود

(١) يقول الباجي في شرح الموطأ ج ٤ ص ١٥٩ : إذا اختلف الشئان في المنفعة للعصدة منها كانا جنسين مختلفين وإن سميا باسم واحد ، وإن اتفقا في المنفعة للعصدة والفرقا في الاسم فهما جنس واحد في قول ابن القاسم . فليراجع .

والعقد لا يوجد بدون محله .

ذلك لأن القاعدة عند الفقهاء: أنه إذا اجتمع في العقود عليه التعيين بالإشارة والتعيين بالاسم والوصف واختلف جنس المشار إليه عن جنس المعين بالاسم كانت العبارة فيه بالمعين باسمه ووصفه ، فيكون هو المقود عليه ، وحيث إن المعين بالوصف غير موجود فيكون العقد غير موجود من أساسه وإذا اجتمع التمييزان مع اتحاد جنس المشار إليه والمسمى تعلق الحكم بالمشار إليه ، وينعقد لوجود المحل ، ولكنه يتخير لفوات الوصف .

وأما الغلط في النوع الثاني فإنه لا يترتب عليه بطلان العقد ، وإنما يترتب عليه عدم لزومه في حق من وقع الغلط في جانبه ، أما صحة العقد فلأنه صدر من أهله في محله . وأما عدم لزومه لفوات الرضا وحينئذ يكون له حق الفسخ فإن شاء قسغه ، وإن شاء أمضاه .

• وهذا الحكم وهو حق الفسخ إنما يكون في العقود التي تقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية ، وما في معناها ، وأما العقود التي لا تقبل كعقد الزواج فلا يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه خلافاً للإمام أحمد ، فإنه عدم حكم خيار الفسخ حتى في عقد الزواج .

فلو تزوج امرأة على أنها بكر أو متعلمة ، ثم ظهرت خلاف ذلك كان المزوج حق فسخ عقد الزواج بهذا عند الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم كما صرح به ابن قدامة في المغني .

وبما تجب ملاحظته هنا ، أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين .

الأول : أن يكون هذا الوصف مما لا يدرك بالمعينة الظاهرية ، ككون هذا القماش عربياً أو غير عربي ، أو كون الجلد عربياً أو أمريكياً . فإن كان يدرك بالمعينة ، ووجده خالياً من هذا الوصف فلا خيار له .

الثاني : ألا يكون فواته إلى أحسن منه . فإن كان الوصف الموجود أفضل من الوصف المشروط لا يثبت خيار لمن غلط فيه..

ولقد عرض القانون المدني الجديد المصري لأحكام الفلظ في العقد في خمس مواد ١٢٠ . ١٢١ . ١٢٢ . ١٢٣ . ١٢٤ . ومن يستعرض هذه المواد مع شرحها يجد الفلظ في العقود في نظر رجال القانون أوسع دائرة منه في نظر الفقهاء . فقد يكون الفلظ في صفة جوهرية في العقد ، أو في ذات المتعاقد ، أو في صفة من صفاته ، وقد يكون فردياً ، كما يكون مشتركاً^(١) .

القبن والتفريز :

القبن في اللغة النقص ، والفقهاء يريدون به كون أحد الموضعين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها .

فإذا باع شخص شيئاً قيمته خسون بأربعين كان القبن في جانب البائع ، ولو باعه بستين كان القبن في جانب المشتري ، فالقبن لا يكون في جانب واحد دائماً ، بل قد يكون في هذا الجانب مرة ، وفي الجانب الآخر مرة أخرى .

فالقبن أما يسير وأما فاحش . فاليسير : يرجع في أغلب صور المعاوضات بخلاف الفاحش ، وفي بيان معنى القبن اليسير والفاحش عند الفقهاء أقوال أقربها إلى الفقه . أن اليسير هو ما كان داخل تحت تقويم المقومين . أي تقدير الخبراء للمعقود عليه ، فإذا باع شيئاً بتسعين ، وقد قومه أحد الخبراء بتسعين ، والآخر بثمانين ، والثالث بمائسة ، كان يسيراً ، وإنما كان يسيراً لأن النقص فيه ليس متحققاً ، بل محتملاً فقط^(٢) .

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحفي حجازي ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) راجع البدائع ج ٦ ص ٣٠ .

والغبين الفاحش : عكسه ، وهو ما لم يكن داخل تحت تقويم المقومين .

ففي المثال السابق ، لو باعه بسبعين أو بمائة وعشرة كان الغبن فيه فاحشاً ، لأن السبعين لم تأت في التقويم ، ومثلها المائة والعشرة .

ومن الآراء ما يحدد كلا منها ، وفي تحديده اختلاف حسب أنواع المال ، فحدد الغبن الفاحش في المروض بما يعادل نصف المشر ، وفي الحيوان بالمشر ، وفي المقار بالئس ، فإذا لم يصل الغبن هذا القدر كان يسيراً ، وقد أخذت المجلة بهذا الرأي كما جاء في المادة ١٦٥ .

والتفجير : لغة الخداع والإطباع بالباطل .

والفقهاء يريدون به . استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته ، والواقع خلاف ذلك ، يستوى في هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر ، أو من غيره كما يحدث من السامرة الذين يرغبون الناس في السلع بطرق عديدة .

وهذا التفجير قد يكون بالقول ، ويسمى تقريراً قولياً ، كان يقول البائع للمشتري : إنه عرض عليّ ثمن أكثر من هذا ، ولكفي آثرتك به مسح قلة ما تدفعه . أو أن هذا الشيء ندر في الأسواق ولن تجدده بمد اليوم ، أو يقول المشتري للبائع : لقد عرض عليّ ما هو أحسن منه بهذا الثمن أو بأقل منه ، وما شاكل ذلك ، أو يعلن شخص عن سلمة من السلع ، ويصفها بأوصاف مرغوبة تجعل الناس يتسابقون عليها ، وهذا العمل ككرهه المشرع وتوهد عليه بالعقاب ^(١) .

(١) أخرج البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى أن رجلاً أقام سلمة له في السوق فخطف إليه

وقد يكون التفرير بفعل يعمل العاقد الآخر يظن في المقود عليه خلاف الواقع كما يحدث في صورة التصرية ، وهي ربط البائع ضرع البقرة القليلة اللبن مدة حتى يمتلئ ضرعها باللبن ، ويسمى هذا تفريراً فعلياً .

أثر الفبن والتفرير في العقد :

أما الفبن اليسير : فإنه لا يؤثر في رضا العاقد ، لأنه محتمل لكثرة وقوعه ، والعاقد منها احراز عنه فلن يستطيع أن يتفاداه في كل عقود ، ومن ثم قرر الفقهاء أنه لا يؤثر في العقود اللازمة ، فليس لمن وقسح الفبن في جانبه خيار الفسخ ، وهذا الحكم عام في العقود كلها ، ولا يستثنى منه إلا بعض صور قليلة ثبتت فيها حق المطالبة بالفسخ لنفي المتعاقدين محافظة على حق مقرر لذلك الغير .

وهذا في تصرف المدين بدين مستغرق إذا كان مجبوراً عليه ، فإذا باع أو اشترى بفبن يسير ، فإن هذا التصرف موقوف على إجازة الدائنين ، أو رفع هذا الفبن ، وكذلك تصرف المريض مرض الموت بدين مستغرق ولو لم يكن مجبوراً عليه ، لأن مرض الموت موجب للحجر ، ولكنه لا يظهر إلا بعد الموت حيث لا يتحقق أنه مرض الموت إلا إذا أسلم إلى الموت .

وأما الفبن الفاحش : فإنه يؤثر في رضا العاقد فيقدمه ، لأنه ما أقدم على هذا العقد إلا لظنه أنه في مصلحته ، فلما بان أنه مغبون فيه فات رضاه به ، ومع ذلك فإن تأثيره في العقد لم يكن محل وفاق بين الفقهاء ، بل اختلفوا فيه

== لقد أعطى بها ما لم يعطه ليرقع فيها رجلاً من المسلمين فنزل قول الله تعالى : « إن الذين يشتركون بمحمد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم » آ.ل عمران ٧٧ .

على مذاهب . فمنهم من يرى أنه يؤثر في حكم العقد ، فيجعله غير لازم في جانب من وقع الفين في جانبه من غير عليه ، فيحق له أن يفسخ العقد ، لأن الفين ظلم وهو مطلوب رفعه .

ومنهم من يرى أنه لا يؤثر في لزوم العقد ، فلا يحق للمغبون أن يفسخ العقد سواء كان الفين نتيجة تقرير أولا ، ووجوهوا رأيهم : بأن عقود الماوضات التي هي موضع للفين عقود لازمة في أصلها . فلو أبيح للمغبون فسخها لكان ذلك ذريعة إلى تغيير لزومها المشروع ؛ ولأن الفين لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالبا ، لأنه لو تأنى في تعاقده لما وقع هذا الفين .

وفريق ثالث^(١) يذهب إلى رأي وسط بين الرأيين ، فأثبت حق الفسخ

(١) يرى بعض المحققين أن القول الثالث توفيق بين القولين يحمل القول الأول على ما إذا كان الفين مع التقرير والثاني على ما إذا كان بدون تقرير .

جاء في رسائل ابن عابدين ج ٣ ص ٧٩ في ختام رسالة تحيير التحرير في ابطال القضاء بالفسخ بالفين الفاحش بلا تقرير ما يلي :

تقدم في عبارة الحيرة نقلاً عن البحر عن القنية ما حاصله أن الرد بالفين الفاحش روايتان ، وأن بعضهم أفتى بالرد وفقاً بالناس ، وبعضهم أفتى بعدمه وهو ظاهر الرواية ، وبعضهم قال : إن غر المشتري البائع أو بالعكس يثبت الرد . وعلى هذا فتواء فتوى أكثر العلماء وفقاً بالناس . قال : والذي يظهر من هذه العبارة أن القول الثالث توفيق بين الروايتين بحمل الرواية الأولى على ما إذا كان الفين مع التقرير والثانية على ما إذا كان بدون تقرير ، ويقوئده أن من أفتى بالأولى على فتواه بقوله : وفقاً بالناس كما علل أصحاب القول بالتفصيل ، فلم أنهم حملوا الرواية بالرد التي هي أرفق بالناس على ما إذا كان مع التقرير ، وحملوا الثانية التي فيها رفق بالناس على ما إذا كان بدون تقرير . إذ لا تصلح عدة واحد لقولين متغايرين .

قال وهذا التوفيق ظاهراً ووجهه ظاهر . إذ الرد مطلقاً ليس أرفق بالناس بل خلاف الأرفق لأنه يؤدي إلى كثرة الخصامة والمنازعة في كثير من الميوسج .

. للمغبون فيما إذا كان الغبن نتيجة تقرير غيره ، ومنعه إذا لم يكن كذلك .

وهذا كما ترى رأي مقبول له وجه ظاهر ، لأن المغبون معذور في حالة التقرير حيث إن الغبن لحقه بسبب الخداع والتضليل بخلاف الصورة الأخرى ، فإن الغبن لحقه نتيجة تقصيره وعدم ترويه .

وهذا الاختلاف في الآراء يخرج عنه بعض الصور هي موضع اتفاق على أن الغبن الفاحش يؤثر في العقد بالإبطال إذا لم يرفع الغبن ، وهي التصرف في مال الوقف ، وأموال المحجور عليهم بسبب الصغر والجنون والسهو وأموال بيت المال ، فإذا بيع شيء من ذلك بالغبن الفاحش نقض سواء كان الغبن نتيجة تقرير أو لا ، لأن التصرف في هذه الأموال مقيّد بالمصلحة ، وليس من المصلحة في شيء بيعها بالغبن الفاحش ، فيقع غير صحيح من أول الأمر .

وأما التقرير : فإن كان يوم بوجود صفة في المفقود عليه مرغوب فيها ، ولولاها لما أقدم على العقد ، كما في صورة التصرية ، فإن المشتري ما أقدم على الشراء إلا لرغبته في كونها حلوباً ، فإذا فات ذلك الوصف ثبت للمغورور

والقول بعدم الرد مطلقاً خلاف الأوفق أيضاً ، وأما القول بالتفصيل فهو القول الوسط القاطع للشغب والشطط ، وخير الأمور أوسطها لا تفرطها ولا إفراطها لأن من اشترى القليل بالكثير من خداع البائع وتقريره يكون بدعوى الرد ممنوراً وبائنة آثماً ومازوراً .

فلا جرم أن قالوا : وحل هذا فتواً وقتوى أكثر العلماء وفقاً بالناس . وقال الزيلعي إنه الصحيح ، ومضى عليه في متن التنوير وعامة المتأخرين . ويظهر من هذا أن ما يقع في بعض العبارات كمباراة الدر المختار من أنه أفتى بمضهم بالرد مطلقاً كما في الفتية غير محدد ، لأنه في الفتية لم يذكر الإطلاق وكان من صرح بالإطلاق فهم من عدم ذكر التقيد في كل من الروايتين الإطلاق فحصلها على الإطلاق ولم يسلط ما لحظه أهل التوفيق .

قال : وهذا شأن كل متناقضين ظاهر آ في النصوص وغيرها من أقوال العلماء فإنه يطلب أو؟ التوفيق ، فإن لم يمكن يطلب الترجيح كما هو محور في كتب الأصول وغيرها ،

الخيار في الفسخ ، ويسمى ذلك خيار الوصف ^(١) .

وهذا الخيار يثبت له عند القائلين به سواء نتج عن التفرير غبن أو لا ،
وسواء كان التفرير بالقول أو بالفعل . ولكن بشرط ألا يكون الوصف الغائب
كما يدرك بالعيان والمباشرة ، فإن كان كذلك فلا خيار لاتفاء التفرير .

وإن لم يكن التفرير كذلك . بل كان راجعاً إلى السعر ، فإن نتج عنه
غبن فاحش فقد سبق حكمه ، وأنه موجب للخيار على أرجح الآراء ، وإن لم
يقرب عليه غبن فلا خيار ^(٢) .

ومن التفرير بوجود الوصف الموجب للخيار صورة اشتهرت باسم التدليس
وهو إخفاء عيب في أحد العوضين في عقود المعاوضات ، كما إذا كان المبيع
ثوباً به خروق فرقاها البائع ليخفي هذا العيب . وليظهر الثوب بصورة

(١) وبعضهم يسميه خيار التفرير ، وهو منهي عنه لحديث « لا تصروا الإبل والغنم فمن
ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء ردها وصاعاً من تمر » تصروا بضم التاء وفتح
الصاد من التصرية وهي الجمع .. هذا الحديث لم يأخذ به أبو حنيفة ومحمد فلم يثبتا في هذا
الخيار مخالفة لظاهر قواعد الضمان ، وأخذ به أبو يوسف ، وقال : « له الخيار في الرد فإن رده
ود معها قيمة اللبن سواء كانت مسلوية لقيمة صاع التمر أولاً ممللاً ذلك بأن قيمة اللبن حينذاك
كانت مسلوية لصاع التمر .

وجهور الفقهاء يذهبون إلى أن خيار الرد ثابت بهذا الحديث ويجب عليه رد صاع من التمر
ممللاً بظاهر الحديث قيل . إن الحكمة في أن الرسول حكم برد صاع من تمر هي أن لبن التصرية
اختلط باللبن الطاريء في ملك المشتري فلا يمكن تقويم ما للبائع منه لعدم معرفة مقداره
فبصحة الرسول شيئاً معيناً قطعاً للتزاح .

ويمكن حل هذا أن يقال : إن التقيد بصاع التمر لأنه كان أغلب طعمهم ، فلا يلزم كل
واحد برد صاع من تمر ، بل له أن يرد صاعاً من القوت الغالب لأجل بعده .

(٢) راجع شرح المجلة المدلية للإمام ج ٣ ص ٢٣٧ وما بعدها .

السليم ، أو كان بالشاة المبيعة عيب وباعها صاحبها من غير أن ينبه المشتري إلى هذا العيب .

والتدليس موجب للخيار للدلس عليه سواء كان هو البائع أو المشتري : فإن شاء أمضى العقد ، وإن شاء فسخه .

ومع كون هذا الخيار من صور خيار العيب الذي سيأتي تفصيله - إلا أنه في الحقيقة لا يخرج عن كونه خيار وصف ، لأن التدليس بإخفاء العيب موهم لسلامة المعقود عليه ، والسلامة وصف ، ومن هنا سمي الخناطة خيار التقرير خيار التدليس .

والقانون المدني عرض لحكم التقرير بعنوان التدليس ، وبين حكمه في المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ، ففي الأولى ينص على أنه : « يجب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد ، وتنص للثانية على أنه : إذا صار التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أنه يعلم بهذا التدليس » .

٧ - الخيارات

قدمنا في تقسيات العقود أن منها عقوداً لازمة وأخرى غير لازمة ، وأن معنى لزوم العقد ، هو ألا يملك أحد المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر ، فالمقد لازم متى وجد مستكماً لأركانه وشرائطه كانت له قوة لا يستطيع أحدهما رفعها ، فلو اقتصر في شرعية هذا النوع من العقود على هذا القدر لوقع الناس في حرج بين ، فقد يكون الشخص غير خبير بأحوال التعامل فيحتاج إلى التروي أو المشاورة في أمر سلعة أقدم على شرائها متسرعاً لئلا تقلت منه فرصة الحصول عليها إن هو آخر شرائها إلى ما بعد التروي ، وقد يضطر إلى شراء شيء من غير أن يره معتمداً في ذلك على وصف الطرف الآخر ورجيئه فيه ، فإذا ما رآه وجده لا يوافق رغبته ، أو أنه يولغ في وصفه وقد يجد عيباً خفياً عليه حين التعاقد .

ومن أجل ذلك كله جعل الشارع لأحد المتعاقدين ، أو كليهما حق فسخ العقد بعد تمامه تقادياً لهذا الحرج ، ورفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يبيح له هذا الحق ، وحق الفسخ هذا هو المعروف في الفقه الإسلامي بالخيار .

والخيار مفرد الخيارات وهو مأخوذ من الاختيار . ومعناه في لغة العرب طلب خير الأمرين أو الأمور .

والفقهاء يريدون به معنى يقرب من المعنى اللغوي . وهو أن يكون لأحد
المعاقدين أو لكليهما الحق في تخيير أحد الأمرين . إما امضاء العقد وتنفيذه .
أو فسخه ورفعته من أساسه .

وهذه الخيارات منها ما ورد به نص خاص . كخيار الشرط ، وخيار الرؤية
ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة . كخيار فوات الوصف والتفريغ . ومنها
ما ثبت بالقياس . كخيار النقد والتعيين . ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على
بعضها فقط ، وبأقبحها كانت مجالاً لاختلاف الاجتهادات .

ومن ناحية أخرى نجد بعد هذه الخيارات ثبت بإيجاب الشارع حتى ولو
لم يشارطه المتماقدان . كخيار الرؤية وخيار الميب ، ومنها ما يتوقف ثبوته
على اتفاق المعاقدين ، فلا يثبت إلا بالاشتراط كخيار الشرط وخيار التمين . كما
أن الفسخ الذي يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراد صاحب الخيار بدون
توقف على قضاء القاضي . كما في خيار الشرط والرؤية ، وقد يتوقف على قضاء
القاضي - على الخلاف - فلا يثبت قبله . كما في خيار الميب ، لأن الميبوب
الموجبة للفسخ محتاج إلى تقدير خاص لا يكفي فيه نظر المعاقدين .

وأشكال الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عددها .

فابن نجيم المصري الحنفي عددها في البحر الرائق^(١) في أول خيار الشرط
ثلاثة عشر ، وفي الأشباه والنظائر^(٢) في أحكام الفسوخ عددها ثمانية عشر ،
وصاحب الدر المختار^(٣) بعدها تسعة عشر .

(١) ج ٦ ص ٢ وما بعدها .

(٢) ج ٢ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٣) ج ٤ ص ٩٦ وما بعدها مع حواشي ابن عابدين ، وراجع في ذلك أيضا جامع =

لكن هذه الخيارات على كثرتها نجد بعضها يتداخل في بعض ، كما أن بعضها يختص بمقد من المقود ، وبعضها يكون في أكثر من عقد ، وهاتين الآن نقتصر على بعضها ، وهي خيار الشرط والميب ، والرؤية ، والتميين والنقد ، بعد أن أشرنا فيما سبق الى خيار الوصف ، والغبن والتفجير .

== الفصلين فإنه قد خصص فصلا طويلا في كتابه الخيارات، وهو الفصل الخامس والمشرون بين فيه أنواع الخيارات والمقود التي يصح فيها كل نوع ج ٤ من ص ٢٣٨ إلى ٢٦٢ .

خيار الشرط

معناه ، مشروعيته ، مدته ، لمن يثبت ،
العقود التي يدخلها ، أثره في العقد ، انتهاءه

خيار الشرط : هو أن يكون لأحد العاقدين^(١) أو لكليهما أو لغيرهما
الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة^(٢) إذا شرط ذلك العقد :

فإذا قال البائع للمشتري مثلاً : بعث لك هذه الدار بألف جنيه على أنى
بالخيار مدة ثلاثة أيام ، وقبل المشتري كان للبائع الحق في فسخ العقد في هذه
المدة . فإذا مضت المدة من غير أن يعلن رأيه في الإمضاء ، أو الفسخ سقط حق
الفسخ ولزم العقد .

ولا يلزم في ثبوت الخيار أن يشترطه الشخص لنفسه ، بل يثبت أيضاً إذا
شرطه الطرف الآخر له ، كأن يقول البائع : بعث لك هذا الشيء بثمن قدره
كذا على أنك بالخيار مدة أيام ثلاثة ، فإذا قبل المشتري كان الخيار له .

(١) سواء كان عقداً لنفسه أو لغيره . كالوكيل والوصي ، أو شريكاً أو مغارباً راجع
شرح الملحة ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) قيدنا بذلك لأنه يمضي المدة يلزم العقد ويفوت التخير . والتحقيق ، أن الخيار موضوع
لاختيار الفسخ لا للإجازة عند الحنفية .

فهذا الخيار كما يدل عليه اسمه لا يثبت إلا بالشرط عند جمهور الفقهاء فسيبه هو الاشتراط ، وعند الامام مالك يثبت إما بالشرط ^(١) أو بالمادة على معنى أنه لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط .

وخيار الشرط مشروع مع كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، وهو لزومه بمجرد تمامه لورود النص بإباحته ، وهو ما روى أن حبان بن منقذ الأنصاري كان يفتن في البياعات فشكاه أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجاء أن يحجر عليه ، وعمنه من البيع والشراء ، فقال له رسول الله : « إذا بيعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام » ، ومعنى لا خلاية ، لا غش ولا خديعة - والحديث صريح في تشريع الخيار لمعنى معقول وهو الاستيثاق والتأكيد من أن هذا العقد لا غش فيه ليكون الرضا به تاماً ، وليس في الحديث ما يفيد أنه خصوصية لحبان .

مقدمه : الحديث السابق جعل المدة ثلاثة أيام وعليها اقتصر بعض الفقهاء كأبي حنيفة والشافعي ، فلا يصح عند هؤلاء أن تزيد المدة على ثلاثة أيام ، ووجههم في ذلك أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود النص وحينئذ يقتصر فيه على مورد النص ، فاشتراط أكثر من الثلاثة مفسد له . إلا أن هذا الفساد يرتفع بارتفاع سببه عند أبي حنيفة فيما إذا أجاز العقد قبل مضي الثلاثة خلافاً للشافعي .

وذهب آخرون كأبي يوسف ومحمد والإمام أحمد إلى أنه لا يقيد بالثلاثة ، بل يجوز إلى أكثر منها حسب اتفاق الماعدين ، لأن الخيار شرع للتروي والمشورة ولتفادي الوقوع في الغرر والخديعة ، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة والأمر يختلف

(١) راجع شرح الرسالة للنفرابي ج ٢ ص ٢٥٣ وما بعدها .

باختلاف الأشخاص والسلع ، فيترك الأمر إلى تقدير المتعاقدين واتفاقهما حين التعاقد على مدة معلومة يمنع وقوع التنازع فيما بعد ، قالوا وتقدير الرسول لحبان ثلاثة أيام لأنها كانت كافية له ، لا لأنه لا يجوز أكثر منها .

والإمام مالك يرى أن المدة تختلف باختلاف السلع ، فلا تقيد بالثلاثة كما في المذهب الأول ، ولا تفوض إلى تقدير الماقدن كما في المذهب الثاني .

يقول ابن أبي زيد في رسالته : « والبيع على الخيار جائز إذا ضرباً لذلك أجلاً إلى ما تختبر فيه تلك السلعة . أو ما تكون فيه المشورة . ووجهه هذا الرأي : أن الخيار مشروع للتروي أو المشاورة . ولذلك يسمونه خيار التروي وهذا يختلف عادة باختلاف السلع ، وقدر عتدم في بعض السلع بيسوم أو يومين ، وفي بعضها بثلاثة ، وفي بعضها بأسبوع ، وفي أخرى بشهر ، وفيما يتغير بالملك كالقواكه والخضروات تقدر المدة بالزمن الذي لا تتغير فيه .

وإذا كان الميار عند المالكية هو أن تكون المدة مناسبة فينبغي على ذلك أنه لو حدد العاقدان مدة أكثر أو أقل ردت المدة إلى المتعارف ، ومثل ذلك ما إذا كانت المدة مجهولة ^(١) ، كان يقول : أنت بالخيار متى تشاء ، فإن العقد يصح وتحدد المدة بما يتناسب مع العقود عليه .

وخالف الأئمة الآخرون . وقالوا : إن شرط الخيار مع جهالة المدة شرط فاسد فيفسد الشرط وحده عند من لا يرى فساد العقود بمثل هذا الشرط الفاسد كالحنابلة ^(٢) فيصح العقد ، ويكون لازماً عندهم ، ويلغو

(١) ففي بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ قال مالك : يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله ،
(٢) في المفتي ج ٣ ص ٥٨٩ . عند أحمد أنه يصح . وما حل خيارهما أبداً أو يقطعهما : وهو قول ابن شبرمة .

الشرط وحده .

وعلى أصل الحنفية الذاهبين إلى أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يتعدى فسادَه إلى العقد يحكم بفساد العقد أيضاً .

لمن يثبت ؟ لا خلاف بين الفقهاء في أثر خيار الشرط بثبت للعاقدين . أو لأحدهما بالشرط سواء شرطه الشارط لنفسه أو شرطه للعاقدين الآخر ، ولكن الخلاف في اشتراطه لأجنبي ، كأن يقول للبائع : بعث لك هذه السلعة بكذا على أن الخيار لفلان شخص يسميه مدة ثلاثة أيام ، ويقبل الآخر ، فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء ، أبو حنيفة وصاحبه ، ومالك وابن حنبل^(١) وهو أحد قولي الشافعي ، وخالف فيها زفر وقال : إنه لا يجوز ، وهو القول الآخر للشافعي ، ووجه هذا الرأي ، أن الخيار كآثر من آثار العقد ، وحكم من أحكامه ، ولا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين .

ولكن الجمهور يقررون الحق في اشتراط الخيار ثابت أولاً للعاقدين ، فهو حق مقرر له ، فإذا جعله لغيره كان هذا بطريق الإنابة والتوكيل ، والتوكيل جائز ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرط له الخيار ، ولأنه يجوز لأحد العاقدين إذا شرط لنفسه الخيار أن يوكل غيره في إمضاء العقد ، أو فسخه بالاتفاق ، فإذا جاز أن ينيب غيره بعد العقد جاز له أن ينيب في أثناء العقد وما دام الاشتراط للأجنبي من باب الإنابة يكون الخيار للاتنين . للشارط باعتباره أصيلاً ولمن شرط له باعتبار نائباً ووكيلاً .

وإذا ثبت الخيار لما فأجها أجاز العقد أو فسخه نقضاً اختاره ، وإن أجازة أحدهما وفسخه الآخر لفد السابق منها ، لأنه إن كانت الإجازة هي السابقة

الفتى ٣ - ٥٨٧ .

جاء الفسخ ووجد المقد لازماً فلا يعمل شيئاً ، وإن كانت الفسخ هو السابق لم
تجد الاجازة عقداً تلحق به ، وإذا لم يعلم السابق رجح الفسخ . لأنه أقوى ،
وقيل يرجح تصرف العاقد . لأنه الأصل .

العقود التي يدخلها خيار الشرط : هذا الخيار ثبت ابتداء في عقد البيع ، وفيه
ورد حديث شرعيته ، فألحق به كل ما في معناه ، وعلى ذلك قرر فقهاء
الحنفية^(١) أن خيار الشرط يثبت في العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط
في صحتها القبض في المجلس ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، فهذه قيود
ثلاثة لا بد منها في العقد الذي يقبل الخيار ، فإن اختلف واحد منها لا يصح
اشتراطه .

فالعقود غير اللازمة ، كالوكالة ، والوديعة ، والعارية والهبة ، والوصية
لا تقبل الشرط ، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط ، فلا
معنى لاشتراطه فيها .

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ، كالزواج والخلع والطلاق والرجعة
لا تقبله أيضاً ، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة
الدالة على إلتئانها ، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبت له ،
أو يؤخرها للزوم على الخلاف ، فهذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للنافاة
التامة بينها .

(١) قسم ابن قدامة في المنى العقود بالنسبة لقبولها لشرط الخيار تقسيماً يتفق في أغلب
أنواعه مع تقسم الحنفية ومخالفة في بعضها . فخالفه مثلاً في العقود اللازمة من جانب واحد
حيث جعلها مما لا تقبله ، كما خالفه في الكفالة والوكالة كذلك ، وتقبله بغير منها لها
عندهم من العقود غير اللازمة ، ومع ذلك فالقيد للمتنق عليه ، أنه لا يكون في كل العقود ،
بل في بعضها فقط ، راجع ج ٣ ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

والمعقود التي تقبل الفسخ ، ولكن يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد كالمصرف^(١) لا يدخلها خيار الشرط ، لأن الخيار يؤخر الأحكام ، ومنها وجوب القبض في المجلس ، وعدم القبض مفسد لهذه العقود ، فيكون بين الخيار وصحة تلك العقود منافاة فلا يصح اشتراطه .

فإذا توفرت القيود الثلاثة في عقد من العقود قبل خيار الشرط ، وذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة ، والصلح على مال ، والقسمة والكفالة والحوالة والرهن إذا شرطه الرهن ، للزومه في جانبه .

وإذا ثبت الخيار لأحد الماقدنين ملك إمضاء العقد وفسخه في أي وقت شاء في مدة الخيار ، فإذا مضت المدة من غير اختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم .

ولا يلزم في الإمضاء أو الفسخ لفظ معين ، بل يصح أن يكون بأي لفظ يدل عليه ، فإذا قال : أمضيت العقد أو أنفذته ، أو اخترت نفاذه ، أو لأريد فسخه نفذ العقد ، وكذلك في جانب الفسخ . وكما يصح كل منهما باللفظ يصح أن يكون بالفعل الدال عليه ، أو المتضمن له ، فإذا باع شخص سيارة لآخر على أنه بالخيار ، وفي مدة الخيار باعها لشخص غير الأول أو رهنها فإن هذا يكون فسخاً للعقد ، وإذا تصرف المشتري المشروط له الخيار في البيع عمل العقد تصرف المالك بأن أجره لغيره أو رهنه ، أو باعه يعتبر ذلك منه إمضاء للعقد .

وإمضاء العقد أو فسخه ينفذ إذا صدر من صاحب الخيار سواء كان بالقول أو بالفعل علم بذلك الطرف الآخر أو لا .

وخالف أبو حنيفة ومحمد في صورة الفسخ بالقول فشرطاً لنفاذه أن يكون

(١) يشترط لصحة السلم قبض رأس المال في مجلس العقد ، كما يشترط في الصرف قبض البديلين ، فلو تفردا قبل القبض فسد العقد .

بحضرة الطرف الآخر ، أو أن يعلم به قبل انقضاء مدة الخيار ، فإذا لم يتحقق ذلك الشرط وانقضت مدة الخيار لزم العقد ، ولا يترتب على هذا الفسخ أي أثر وعمل هذا الرأي بأن الفسخ من غير إعلام الطرف الآخر قد يلحق به ضرر ، لأن المشتري قد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع باق على عقده فيجب عليه الضمان ، والبائع قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر لسلخته اعتقاداً منه أن المشتري لم يفسخ العقد ، فاشترط العلم من الطرف الآخر بمنع وقوع هذا الضرر ، ولا شك أن الأول أوجه ، لأنه متى ثبت حق الفسخ باتفاق العاقدین فلا معنى لتقييده بشيء آخر بعد ذلك .

هذا إذا كان الخيار لواحد ، أما إذا كان الخيار لهما معاً ملك كل واحد منهما أمضاء العقد وفسخه ، فإذا فسخه أحدهما انتهى العقد ، ولم يبق للخيار الآخر وجه ، لأن بقاءه كان مرهوناً ببقاء العقد ، فلما زال العقد سقط ذلك الخيار ، وإذا أمضاء أحدهما بقي الآخر على خياره لوجود العقد ، فإن أمضاء نفذ ولزم وإن فسخه بطل ، لأن حق كل منهما تام ومستقل عن الآخر .

أثر الخيار في العقد : لا نزاع بين الفقهاء في أن الخيار يؤثر في العقد ، فيمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه بالامضاء فيلزم ، ولكنهم اختلفوا في أن هذا العقد تترتب عليه آثاره وأحكامه أولاً .

فذهب الحنفية والإمام مالك ، ووافقهم أحد في قول عنه إلى أن أحكام العقد لا تترتب عليه ما دام الخيار قائماً ، فإذا كان الخيار للبائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، ولا يجبر المشتري على دفع الثمن ، وإذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه ، ولا يلزم البائع بتسليم المبيع إليه ، ووجهتهم في ذلك ، أن العقد في أصل وضعه لازم ، والخيار يمنع لزومه بالاتفاق ، والأحكام التي تترتب على العقد اللازم غير الأحكام التي تترتب على العقد غير اللازم ، فلو قلنا بتروتب الأحكام على العقد المشروط فيه الخيار لكانا مرتبين أحكاماً عليه غير

أحكامه . على أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالمقد ، والأحكام لا توجد إلا مع الرضا التام .

وزهب الحناية في ^(١) أظهر القولين عندهم إلى أن الأحكام تترتب على هذا المقد ، سواء كان الخيار لها أو لأحدهما وهو قول للشافعي ^(٢) . لأنه عقد صحيح فاقذ ، وهو سبب صحيح لترتب الأحكام عليه ، ولا يوجد مانع يؤخر ثبوت هذه الأحكام ، وأثر الخيار قاصر على منع اللزوم فقط لا يتعداه إلى شيء آخر .

وثرة الخلاف تظهر في مؤنة المبيع والزيادة فيه ، فعلى الرأي الأول تكون المؤنة على البائع والزيادة له ، وعلى الرأي الثاني تكون المؤنة على المشتري ، والزيادة له .

ثم إن الحنفية قرروا بالاتفاق أن من له الخيار لا يخرج الشيء الذي تعلق به العقد من ملكه ، وإن من لا خيار له بالعكس يخرج الشيء من ملكه ، ولكنهم اختلفوا في دخوله في ملك الآخر ، وهو صاحب الخيار ، فأبو حنيفة يرى أنه لا يدخل في ملك الآخر ، لئلا يمتنع البدلان في ملك واحد ، وليس له نظير ، بل يبقى موقوفاً حتى يبيت في المقد ، فإن أمضى ظهر أنه دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وإن فسخ ظهر أنه ملك لصاحبه .

ويرى صاحبان أنه يدخل في ملك الآخر تفادياً من وجود مال متقوم لا مالك له .

انتهاء الخيار : ينتهي خيار الشرط بأمور : ١ - امضاء العقد أو فسخه في

(١) راجع للمفني لابن قدامة ج ٤ ص ٧٥١ .

(٢) والقول الثاني للشافعية : أن الأحكام تترتب إذا كان الخيار لواحد منها . وإذا كان لها معا توقفت الأحكام حتى يبيت في المقد .

مدة الخيار سواء كان ذلك صريحاً أو دلالة كما سبق بيانه .

٢ - مضى مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين .

٣ - تعيب محل العقد أو هلاكه في يد المشتري بعد قبضه إذا كان الخيار له ، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض ، وبعد هلاكه لا يمكن رده ، وإذا تعيب يتمتع رده ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقاء الخيار ، ويستوي في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بآفة سماوية .

٤ - زيادة محل العقد بعد قبضة زيادة متصلّة سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان ، أم لا . كالبنساء والأشجار - أو زيادة منفصلة متولدة منه ككول الحيوان وثمره البستان .

٥ - موت من له الخيار عند الحنفية والخنابلة ؛ لأن خيار الشرط لا يورث عندهم ، لأنه رغبة ومشئّة ، ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث .
والمالكية والشافعية على العكس من ذلك يذهبون إلى وراثة هذا الخيار لأنه حق متعلق بالمال ، وأثر من آثار العقد ، وليس من الحقوق الشخصية ^(١) .

(١) أبان ابن رشد في بداية المجتهد سبب الخلاف في هذا الرضع فقال : « إن الأصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث للأموال إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال ، وإن الأصل عند الحنفية هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فموضع الخلاف هو . هل الأصل أن تورث الحقوق للأموال أولاً ، ثم لما بين اختلافهم في وراثة بعض الشيارات والتفاهيم على البعض الآخر قال : إن سبب اختلافهم هو . أن من اتقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن اتقدح له أنه صفة خاصة بني الخيار لم يورثه » راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٤ .
وراجع أيضاً الفروق للرافعي ج ٣ ص ٢٨٣ وما بعدها .

خيار العيب

معناه . سببه . مشروعيته . شروطه . حاجته إلى الرضا
أو القضاء . وقته . الموقوف التي يدخلها . أثره في
العقد . موانعه . متى يرجع بالتقصان عند امتناع الرد

خيار العيب : هو أن يكون للتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا
وجد عيباً في محل العقد المعلن بالتمين لم يطلع عليه عند التعاقد .

فسببه إذن ظهور عيب كان موجوداً يجعل العقد قبل أن ينتقل إلى يد المالك
ولم يظهر منه ما يدل على رضاه به ، وإنما ثبت له هذا الحق في تلك الحالة
لانعدام رضاه بالعقد حيث كان ينبغي السلامة في الموقوف عليه ليكون انتفاعه به
انتفاعاً تاماً ، فلما فاقته سلامته بوجود العيب أثبت الشارع له حرية الإبقاء على
العقد ، أو إلغائه ، فإن شاء تمسك بجمعه كاملاً وأزال عن نفسه هذا الالتزام ما
لم يوجد مانع يمنع من ذلك ، وإن شاء تنازى عما يصيبه من ضرر ، وأبقى
العقد كما كان .

ولذلك نجد الشارع في أحاديث كثيرة يحذر من الغش ، ويرشد المتعاملين
إلى أن يكتفوا عما في سلمهم من عيوب حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامل
معه^(١) .

(١) من هذه الأحاديث ما رواه مسلم من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع
طعاماً فأدخل يده فيه فإذا هو بمبارك ، فقال : « من غشنا فليس منا » وفي حديث آخر يقول :
« لا يحل لسلطان من أخيه فيما وفيه عيب إلا بينه له » .

وأخيراً ترفع إليه قضية بين رجلين ابتاع أحدهما من صاحبه غلاماً، فلما أقام عنده مدة من الزمن وجد به عيباً، فأراد رده إلى من اشتراه منه فأبى الآخر فيحكم رسول الله برد الغلام على مالكه الأول . فيعمل ذلك الرجل قائلاً : يا رسول الله لقد استغل غلامي هذا : فيقول رسول الله له ، « الخراج بالضمان »^(١).

العيب الذي يثبت به الخيار : وإذا كان السبب في ثبوت هذا الحق معروفات الرضا كما بينا، فلا يكون كل ما يصدق عليه اسم العيب موجباً للخيار، بل لابد وأن يكون له أثر في رضا الماقد ، والفقهاء يختلفون في تحديده .

فالحنابلة يفوضونه إلى المرف ، فيقولون إنه نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالباً .

والحنفية في أغلب كتبهم يذهبون إلى أنه العيب الذي تنقص بسببه قيمة الشيء عند التجار ، وأهل الخبرة أي نقص ولو كان يسيراً^(٢).

والشافعية يقولون : إنه العيب الذي تنقص بسببه القيمة ، أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب عدم وجوده في مثل هذا المثل ، فإذا اشترى شخص ثوباً أو حذاءً فوجده خيلاً كان ذلك عيباً يثبت معه خيار الرد له وإن

(١) هذا حديث صحيح رواه أحمد وأصعاب السنن الحجة . أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان « كما يقول صاحب الأشياء . وموضوع الحديث : أن الشيء الذي تكون مؤنته على شخص وإذا تلف يكون تلفه عائداً عليه يقال لذلك الشيء إنه في ضمانه ، وبعبارة هذا تكون منافعة خاصة به سواء انتفع بها أو تنازل عنها، وهذا العيب كان في ضمان مشترى في هذه الفترة لأن مؤنته كانت عليه ، ولو تلف يكون تلفه من ماله لا يرجع على غيره بشيء ، فما أخذه من غلته وأجرته كان مباحاً له بسبب هذا الضمان ويسري هذا الحكم في كل شيء رده مشترى بسبب عيب بعد أن قبضه واستقله من غير أن يعلم بما فيه من العيب . راجع شرح المجلة العدلية للأسي ج ١ ص ٢٤٠ .

(٢) هذا في التحقيق راجع إلى التفويض المرف لأن المقصود من الشيء ماله ، فإذا وجد به ما ينقص قيمته كان عيباً ، والنقص في القيمة لا يعرفه إلا التجار .

لم يتسبب عنه نقصان القيمة .

وهنا نجد ابن عابدين الحنفى يقول: إن تعريف الحنفية مبني على الغالب فيجب
تقييد هذا الضابط بما هيده^(١) به الشافعية .

وأنت ترى أن رأي الحنابلة أحسن الآراء ، لأن الشيء إذا لم يحدده الشارع
يكون مفوضاً إلى العرف :

شروط ثبوت الخيار بالعيب: يشترط لثبوت هذا الخيار بعد تحقق العيب
شروط :

١ - أن يكون ذلك العيب موجوداً في محل العقد قبل أن يتسلمه الممتلك
سواء كان وجوده سابقاً على العقد، أم حدث بعد العقد وقبل القبض، فإذا كان
العيب الذي ظهر حدث عند المشتري لا يكون له الخيار ، لأن المقود عليه
وصل إلى يده سليماً وهو ما يقتضيه العقد ، فلا معنى لثبوت الخيار في هذه
الحالة .

٢ - ألا يرضى الممتلك بذلك العيب ، وهذا الرضى يتحقق بملءه بوجود
العيب وقت التعاقد، أو بتصرفه في المقود عليه تصرف المالك بعد علمه بوجوده
وهو تحت يده .

٣ - ألا يزول ذلك العيب بعد القبض ، فإذا اشترى حيواناً مريضاً بمرض
خفي عليه حين التعاقد ، ثم ظهر له بعد القبض ، لكنه شفي من هذا المرض

(١) يقول الاطلسي في شرح المجلة ج ٢ ص ٢٩٥ تعليقا على كلام ابن عابدين : إن الزيادة
في التعريف مبنية على عدم التفرقة بين خيار الوصف وخيار العيب كما ذهب الشافعية ، ولكن
الحنفية يفرقون بينهما ، وحينئذ لا داعي للزيادة في التعريف « ١ » ملخصا .

قبل طلب الفسخ أو بعده ، وقبل أن يقضي به سقط حقه في طلب الفسخ ، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة الرضا ، وبعد زوال المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا .

٤ - ألا يشترط المملك في المقد براءته من الميوب التي تظهر في محل العقد كأن يقول له : بملك هذا الحيوان ولست ملزماً بما فيه من الميوب أو ليس لك حق الرد بخيار الميوب ، وقبل المشتري ذلك ، فإنه لا يملك فسخ العقد بأي عيب عند الحنفية ، ويرافقهم الشافعية في أحد القولين عند عدم .

وخالف المالكية والحنابلة في ذلك وقرروا أن هذا الشرط غير صحيح ، فإذا ظهر الميوب القديم الموجب للرد ، كان للمشتري خيار الرد ، ولا أثر للشرط السابق ، واستثنى الحنابلة الميوب الخاص الذي يسميه البائع وبراءته المشتري منه فيمتنع الرد به ، والمالكية استثنوا بيع الرقيق ، وبيع العاكر على الفلوس ، وبيع الوارث للقضاء دين ، أو تنفيذ وصية ، فإن شرط البراءة فيها صحيح ، فلا يثبت الرد لمن قبل هذا الشرط .

تلك هي شروط ثبوته ، فإذا تحققت الشروط ثبت الخيار من غير اشتراطه في العقد عكس خيار الشرط ، لأنه حق أثبته الشارع فلا حاجة إلى اشتراطه صراحة .

هل يحتاج الفسخ فيه إلى القراض أو القضاء : يذهب^(١) الشافعية والحنابلة إلى أن صاحب الخيار يملك فسخ العقد ورد المقود عليه إلى مالكه الأول من غير توقف على رضاه أو حضوره أو حكم حاكم سواء كان الرد قبيل القبض أو بعده ، فمضى أعلن فسخ العقد أصبح غير مسئول عن المبيع .

والحنفية يفصلون في المسألة فيقولون : إن كان الرد قبل القبض ، وفي

(١) راجع نهاية المحتاج وكشاف الفتاوى في هذا الموضوع .

حضرة الطرف الآخر انفراد به صاحب الخيار . على معنى أنه لو قال بمحضرة
العائد الآخر : أبطلت العقد أو فسخته بطل العقد وانفسخ وإن لم يقبل الآخر
وإن كان في غيبته لا ينفسخ إلا إذا علم به ، وإن كان بعد القبض فلا بد في
بطلان العقد من رضا الآخر أو قضاء القاضي عند إثباته^(١) .

والسبب في هذه التفرقة : أن الميب الذي ظهر بعد القبض يحتمل أن يكون
جديداً لا يوجب الرد كما يحتمل أن يكون قديماً موجباً له ، ومثل هذا يكون
مثار نزاع غالباً بين المتعاقدين ، بخلاف الميب الذي ظهر قبل القبض ، فإنه لا يستطيع
المملك إنكاره أو دعوى حصوله عند المملك ، فلا يتصور فيه نزاع ، ثبت
الحق لمن له الخيار منفرداً .

ثم إن رضا المملك بالرد عندهم كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل كسلم
المعقود عليه من المملك عند رده عليه .

وقت هذا الخيار : ليس لهذا الخيار وقت محدد عقب العقد كما في خيار
الشرط بل ذلك يثبت متى ظهر الميب الموجب الرد حتى ولو كان بعد العقد
بزمن طويل وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم في أمر
آخر هو . هل يجب على الفور بمجرد ظهور الميب ، أو على التراخي ؟

فالشافعية والمالكية يشترطون أن يكون على الفور ، فتأخر الرد بدون
عذر مسقط لحقه في الرد ، إلا أن المالكية قدروا الفور بيومين ، وما زاد
يكون تراخياً ما لم يوجد عذر ، والشافعية فوضوه إلى العرف ، فما تعارفه

(١) والنفسخ بالتراضي بعد القبض يعتبر فسخاً للعقد في حق المتعاقدين بيعاً جديداً بالنسبة
لغيرهما فثبتت حق الشفعة حينئذ للتبيع إذا كان البيع عقاراً وفي غيره هذه الصورة يكون
الرد فسخاً في حق العاقدين وفي حق غيرهما وحل ذلك لا تثبت فيه الشفعة .

الناس تراخياً في الرد يسقط الخيار ، وما لم يتعارفوه كذلك فوراً غير مسقط له .

والحنفية والحنابلة لا يشترطون الفورية ، بل يجوز عندهم على التراخي ، فتمسك ثبت الحق استمر ، وله أن يستعمله في أي وقت شاء طال الوقت أم قصر ما لم يوجد ما يدل على التراخي ، لأن هذا الخيار شرم لدفع الضرر المتحقق فلا يبطل بالتأخير إلا إذا اقترن التأخير بما يدل على الرضا ، ولأن الأصل في الحقوق إذا ثبتت أن تستمر ما لم يوجد توقيت لها ، وهو لم يوجد حيث لا دليل عليه

المقود التي يدخلها خيار الميب : وخيار الميب يثبت في عقود المعاوضة التي يكون فيها المقود عليه مبيعاً بالتمين (أي مشخصاً) ، أما عقود غير المعاوضة ، وعقود المعاوضة التي يتعين المقود عليه فيها بالوصف فلا يدخلها خيار الميب ، لأن للمقود عليه إن تحققت أوصافه قبضه ، وإن لم تتحقق هذه الأوصاف فلا يكون محل العقد موجوداً .

ومن هنا قالوا : إنه في عقد البيع الوارد على عين مشخصة ، والإجارة كذلك ، وقسمه الأعيان القيمة ، والصلح إذا كان بدله عيناً مشخصة ، فإذا وجد عيب في المقود عليه في عقد من هذه العقود الأربعة سواء كان الميب فاحشاً أو يسيراً ثبت الخيار لتمامه ، إن شاء أبى العقد وإن شاء فسخه . وهناك أمور أخرى يثبت فيها خيار الميب بشرط أن يكون الميب فاحشاً وهي المهر وبدل الخلع والصلح عن دم الممعد^(١)

أثره في العقد : هذا الخيار لا يؤثر في ترتيب أحكام العقد باتفاق الفقهاء ، بل الأحكام تترتب عليه بمجرد تمامه لا يؤخرها ثبوت ذلك الخيار ، وإنما أثره

(١) راجع شرح المجلة ج ٢ ص ٢٨٩

يظهر في لزوم العقد قيمته بالنسبة إلى من ثبت له الخيار، وهو في هذه الحالة غير بين أمرين، إما إمساك العقود عليه، والرضا به كما هو قياس العقد في جانبه حينئذ، وإما رده إلى مالكة الأول، فيبطل العقد ويصير كأن لم يكن وليس له أن يسك محل العقد ويطالب بالتقصان، لأن السلامة من الميب وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تابعة للعقد عليه، إلا إذا صارت مقصودة فيقابلها^(١) جزء منه، ولكن إذا رضي البائع بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المبيع الميب عليه جاز ذلك ويجعل خطأ من الثمن وهو جائز مشروع.

وحق الرد ثابت ما لم يوجد مانع يمنع منه، والموانع كثيرة، منها:

١- إذا رضي بالميب، لأن الرضا به دليل على سلامة العقد عليه ليست مقصودة له، ولا يتوقف رضاه بالعقد عليها، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإثبات الخيار، لأن الأصل هو لزوم العقد، ويستوي في ذلك الرضا الصريح. كأن يصدر منه قول يدل على ذلك، نحو رضيت بالميب، أو أمضيت العقد، أو التزمت به، وما شاكل ذلك: والرضا دلالة، كأن يتصرف فيه تصرف المالك - بعد أن يعلم بالميب بأن يؤجره لغيره، أو يرهنه، أو يعبه أو يستغله هو بنفسه كما إذا كانت دابة فركبها، أو قماشاً فقطعه ليخيطه ثوباً أو ثوباً فصبغه، وكذلك لو أخرجه عن ملكه بالمبيع أو الهبة سواء كان عالماً بالميب، أو غيره عالم به، لأنه يتملكه للغير تعلق به حق لذلك الغير، فيمنع

(١) تصير مقصودة بأحد أمرين: ١ - الائلاف من البائع كما إذا عييه بيده قبل القبض - ٢ - بالنسبة حكماً إذا امتنع الرد لحق البائع أو لحق الشرع ببيان نقص أو زاد في يد المشتري، راجع شرح للجلّة ج ٢ ص ٢٩٣، ٢٩٤، «رسماني توضيح ذلك قريباً».

الرد محافظة على ذلك الحق^(١) .

٢ - إذا أسقط الخيار صريحاً . كأن يقول : أسقطت الخيار ، أو دالة ، كما إذا أبرأه من هذا العيب فإن الإبراء يحمل في طيه إسقاط الخيار .

٣ - إذا تميع الموقوف عليه بيع جديد في يد من له الخيار ، سواء كان هذا العيب نقصاً في ذاته ، أو بما ينقص قيمته ، وهذا المنع - كما ترى - مراعاة لحق المالك الأول ، وإذا كان التعيب مانعاً من الرد لما فيه من الضرر . فلا يتصور بعد هلاكه ، وقريب من هذا ما إذا تغير تغيراً طاماً ، كأن يكون قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فمجنه ، وما شاكل ذلك .

٤ - زيادة الموقوف عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصبيغ الثوب ، والبناء وغرس الأشجار في الأرض ، أو زيادة منفصلة متولدة منه ، كالولد والابن والصوف من الحيوان ، والثمر من الشجر إذا كانت حاصلة بعد القبض ، وما عدا ذلك من أنواع^(٢) الزيادة لا يمتنع معها الرد .

أما امتناع الرد في الصورة الأولى ، فلأن الرد لا يكون إلا لحل العقد وحده حتى يكون فسخاً ، وهذه الزيادة لا يمكن فصلها عن محل العقد ، فيتعذر رد المحل وحده ، فلورده كانت الزيادة معه فيكون رباً .

وأما امتناعه في الصورة الثانية فلأن الرد في هذه الحالة إن كان بدون الزيادة أخذها الممتلك بدون عوض ، فتكون رباً ، ولو رده مع الزيادة لأخذها الآخر

(١) وفي هذه الحالة إذا وده الممتلك الثاني عليه بالعيب كان له رده الى الإرل في جميع صور الرد عند الشاقبة ، وفي بعضها عند الخفية .

(٢) كالزيادة المنفصلة المتولدة منه قبل القبض ، والزيادة المنفصلة إذا لم تكن متولدة منه كالقطة مثلاً ، والزيادة المتصلة المتولدة منه كسمن الحيوان إذا كان مزيلاً ، أو كبره إذا كانت صغيراً ، فإن هاتين لا تختمان الرد سواء كانتا قبل القبض أو بعده .

بدون مقابل ، فظهر من هذا أن امتناع الرد في صورة النقص لحق المملك ، وفي صورة الزيادة لحق الشارع لأنه حرم الربا .

والشافعية والحنابلة يذهبون إلى أن الزيادة لا تمنع الرد ، متصلة كانت أو منفصلة حصلت قبل القبض أو بعده .

وفي التصلة يردها مع الأصل ، ولا يأخذ عنها عوضاً ، والمنفصلة تكون للمتملك إذا حصلت والمقود عليه في ملكه أو ضمانه .

هذا إجمال للأمور التي يمتنع بها الرد ، فمتعين على المملك إمساك المقود عليه ناقصاً عند وجود واحد منها .

ولكن هل يسرع له مع هذا الامتناع أن يرجع على المملك بالنقصان أولاً ؟ والجواب عن هذا التساؤل إجمالاً ، إنه يجوز له الرجوع في بعض الصور ويمتنع في الباقي ، فله الرجوع في الحالات الآتية :

إذا هلك المقود عليه . أو تعيب بشيء ففعله سواء كان بعد علمه بالمعيب أو قبله ، وكذلك إذا تعيب بفعله ، أو استهلكه . كأن يكون قماشاً فقطعه ثوباً ، أو كان طعاماً فأكله بشرط ألا يكون عالماً بما فيه من المعيب ، فإن كان عالماً به لا يرجع بالنقصان . لأنه بفعله هذا يكون راضياً بالمعيب ، وكذلك يرجع بالنقص في حالة الزيادة المانعة من الرد .

وليس له الرجوع فيما إذا رضى بالمعيب صريحاً أو دلالة ، أو أسقط خياره أو أخرج الشيء المعيب^(١) عن ملكه .

(١) هذه الصورة الأخيرة فيها تفصيل ليرجع بالنقصان في بعض الصور ، ولا يرجع به في بعضها الآخر ، وضابط ذلك كما جاء في الزيلعي والفتاوى الهندية : أنه في كل موضع أمكن =

والحاصل أن امتناع الرد إذا كان بفعل من قبل الممتلك لا يرجع بالنقصان لجواز أن يقول المملك : لو لم يحصل فيه ذلك لقبليته وأعطيته ما دفعه كاملاً ، وإن كان بسبب لا دخل له فيه له الرجوع بالنقصان .

وطريقة معرفة مقدار النقصان . أن يقوم المعقود عليه وقت العقد على أنه سليم من العيب ، وعلى أنه معيب ، والفرق بين القيمتين ينسب إلى قيمته وهو سليم ، ثم ينقص من الثمن بنسبة هذا النقص ، فمثلاً لو اشترى شيئاً بـ ٢٠٠ جنيه وقيمه وهو سليم ٢٥٠ جنيه ، وقيمه وهو معيب ٢٠٠ جنيه فتكون قيمته الفرق تساوي خمس القيمة أي ٢٠٪ فينقص من الثمن مقدار الخمس وهو ٤٠ جنيه .

خيار العيب والارث : الأئمة الثلاثة ومالك والشافعي وأحمد - بناء على أصلهم ، وهو أن الحقوق المتملقة بالمال تورث كاملاً - ينهبون إلى أن هذا الخيار يرث ، فلو مات الممتلك قبل أن يرد المعقود عليه بالعيب حل ورثته محله في هذا الحق فيثبت لهم ما كان ثابتاً له .

والحنفية يقولون بنبوت هذا الحق للورثة أيضاً ، لكن لا على أنه حق موروث ، بل على أنهم خلفاء الميت في هذا المال ، وهو قد استحقه سليماً من العيوب ، فهم يستحقونه كذلك ، فثبت لهم خيار العيب ابتداءً لهذه الضرورة .

بقيت مسألة أخيرة كثيرة الوقوع ، وهي ما إذا كان العيب لا يطلع عليه إلا بأحداث عيب آخر ، وهذا يكون فيما يؤكل باطنه فقط دون ظاهره ،

= المشتري رد البائع القائم في ملكه على البائع برضاه أو بدونه فإذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهة لا يرجع بالنقصان ، لأنه بالبائع فوت على نفسه حقه الأصلي وهو الرد ، وفي كل موضع لا يمكنه رده على البائع فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان . لأنه يتأخرجه عن ملكه لم يفوت على نفسه الرد ، لأن الرد كان متمماً قبله .

كالجوز واللوز والبيض والبطيخ . فإن المشتري لا يعرف عيبها إلا بكسرها
والكسر هيب .

وهذه المسألة فيها تفصيل ، لأنه إما أن يحده كله فاسداً ، أو يجد بعضه
فاسداً فقط ، وهذا البعض . إما أن يكون قليلاً بحيث لا يعد عيباً في العرف أو
يعتبر عيباً .

فإذا وجده كله فاسداً كان البيع باطلاً بالاتفاق ، لأن محل العقد هنا
ظهر أنه ليس بمال ، فيرجع بكل الثمن .

وإذا وجد بعضه فاسداً وهو قليل لا يعد عيباً في عرف الناس لا
يرجع بشيء بالاتفاق ، والعقد صحيح لاشيء فيه ، لأن الأشياء في الغالب
لا تخلو عن مثله .

وفي الصورة الأخيرة ، وهي فساد البعض الذي يعد في العرف عيباً
اختلف الفقهاء ، فذهب أبو يوسف وعبد من الحنفية ، والأمام أحمد إلى أنه
يصح العقد في الصحيح ، ويبطل في الفاسد ، فيرد ذلك الفاسد ، ويرجع بمحصته
من الثمن ، ولا يرد الكل .

وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل في الكل ، لأن المبيع فيه جزء ليس
بمال ، والغرض أنه صفقة واحدة .

والأمام الشافعي يثبت الخيار للمشتري بين الرد والرجوع بكل
الثمن ، وبين إبقائه وعدم الرجوع بشيء ، لأن المبيع صفقة واحدة ،
فاما أن يأخذها كلها أو يردّها كلها ، والكسر لمعرفة العيب لا يعد
عيباً مانعاً من الرد .

خيار الرؤية

معناه . مشروعيته والخلاف فيه ،
شروط ثبوته ، والمراد بالرؤية ، أين ثبتت
العقود التي يدخلها ، أثره في العقد ،
وقته ، مسقطاته

خيار الرؤية في اصطلاح الفقهاء: هو حق يثبت بمقتضاه للعاقدة أن يفسخ العقد بوقت
لا يتغير فيه :

ومعنى هذا. أن الشخص إذا باع شيئاً معيناً شخصاً ، كالدار التي في جهة كذا
والسيارة الملوكة لي ، وبين المبيع للمشتري بأوصافه من غير أن يره ففي هذه
الحالة يقال : إن المشتري اشترى شيئاً معيناً لم يره ، وحينئذ يثبت للمشتري
الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد في أي وقت ، وهذا
الخيار ثبت بسبب عدم الرؤية .

وإنما ثبت هذا الخيار ، لأن الشيء المعين مهما بالغ الإنسان في وصفه لا يبلغ
معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام ، والرضا التام
أساس صحة العقود ولزومها .

مشروعيته : إذا كان سبب هذا الخيار هو عدم رؤية محل العقد عند
التعاقد فيكون موضعه التعاقد على شيء غائب ، وصحة العقد على الشيء الغائب
موضع خلاف بين الفقهاء .

فالشافعي^(١) في مذهبه الجديد يذهب إلى أن العقد على الغائب لا يصح ، ومن ثم لا يكون لهذا الخيار موضع عنده في العقود الصحيحة ، واستدل على ذلك : بأن بيع الغائب بالوصف فيه غرر وجهالة قد تقضي إلى النزاع ، والرسول نهى عن بيع الغرر ، كما رواه مسلم عن أبي هريرة .

والحنفية يقولون بشروعية هذا الخيار مستدلين بما رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منها ، ولما قيل لكل منها إنك قد غبنت قال : لي الخيار ثم حكاه جبير ابن مطعم بينها فحكم بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فهذه القصة تدل على مشروعية خيار الرؤية ، لأنه لو لم يكن مشروعاً لما حكم به جبير ، وهناك حديث يرويه الفقهاء في كتبهم وهو « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ، ولكنه حديث ضعيف مطعون في صحته كما يقول

(١) هذا الرأي عند الشافعي لا يصحح بيع الغائب مطلقاً سواء وصف أو لم يوصف ، وفي قول آخر له يصح بيع الغائب إذا كان موصوفاً بما يخرج به عن الجهالة ، وعلى هذا الرأي يثبت فيه خيار الرؤية ولكنه يتحدد بمجلس الرؤية .

والمالكية يصححون بيع الغائب في إحدى صورتين - ١ - إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه - ٢ - إذا لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته ، فإذا لم يوجد وصف ولا اشتراط لا يصح بيع الغائب .

وعلى هذا يكون ملحقه غير معترف بخيار الرؤية الذي يقول به الحنفية .

والحنابلة يصححون بيع الغائب بشرطين - ١ - أن يكون للمبيع من الأشياء التي يصح فيها السلم وهي الأشياء التي يمكن تمييزها بالوصف - ٢ - أن يصفه بالصفات التي تضبطه وهي الأوصاف التي توجب على ذكرها وعدمه اختلاف في الثمن غالباً .

فإذا باع غائباً من غير وصف بعينه كان البيع غير صحيح وإذا باع الموصوف جاز له رده إذا لم يحدد على الصفة التي عينها أو وجد به عيباً .

صاحب نصب الرأية^(١) .

ونحن إذا نظرنا إلى الحكمة التي من أجلها شرع خيار الشرط الذي ورد به نص خاص ، وخيار العيب المتفق عليه كذلك بين الفقهاء نجد أنها متحققة في خيار الرؤية ، لأن الشخص قد يضطر إلى شراء شيء غائب عنه لحاجته إليه خوفاً من فوات السلعة إن هو أخر المقد حتى يرى المقود عليه ، وفي الوقت نفسه لو ألزمناه به من غير ثبوت الخيار له لألحقنا به الضرر حينئذ يجد هذه السلعة غير موافقة لفرضه ولا محققة لمقصوده .

والجهالة التي في محل المقد بعد وصفه لا تقضي إلى النزاع ، فلا تدخل تحت الفرر المنهى عنه ، وحينئذ يترجح القول بمشروعية هذا الخيار .
شروط ثبوته : من ثبوت الكلام السابق نستطيع أن نقول : إن خيار الرؤية لا يثبت إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ - أن يكون محل المقد معيناً بالتميين كما مثلنا ، أما إذا كان معيناً بالوصف فإنه لا يثبت خيار الرؤية ، بل الذي يثبت هو خيار فوات الوصف لأن المقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه لزم المقد ، وإلا فلا عقد لعدم وجود محله .

٢ - أن يكون المقد مما يقبل الفسخ ليتمكن فسخه ، فإن كان غير قابل للفسخ كمقد الزواج والخلع ، والهليلج عن دم العمدة ، فإنه لا يفيد معه ثبوت الخيار ، فلا العقد يفسخ ، ولا المال - من المهر وبدل الصلح - يرد .

٣ - ألا يكون الماقد قد رأى محل المقد عند التعاقد أو قبله بزمان لا

(١) ج ٤ ص ٩٠

يتغير فيه . فان كان رآه في إحدى الحالتين لا يثبت له خيار لا نعدام سبب الخيار . وهو عدم الرؤية .

٤ - وأخيراً يثبت هذا الخيار عند رؤية المحل المقود عليه في أي وقت، وعلى هذا إذا اشترى شيئاً لم يره لا يثبت له خيار الرؤية قبلها .

المراد بالرؤية : والفقيهاء يريدون من الرؤية هنا في الموضمين^(١) ما هو أعم من معناها اللغوي ، وهو العلم بالمقصود الأصلي من العقد بأي حاسة من الحواس . سواء كان بالشم أو بالنق أو باللس أو بالنظر ، فتكون بالشم في المشروبات كالروائح ، وبالنق في المدونات كالأطعمة ، وباللس في الأشياء التي لا تعرف حقيقتها إلا بالجلس واللس كما في بعض أنواع الأقمشة ، وبالإبصار فيما لا يحتاج الى شيء آخر كالبناء والمحجوب .

وعلى هذا تتحقق الرؤية من الأعمى بما عدا الأخير ، وفيما يبصر يوصف له وصفاً كافياً ، أو يوكل من يثق فيه ليراه بدله .

والمبرة في الرؤية بما يتحقق معه المقصود، فإذا كان الشيء تتساوى أجزاؤه كالصنع والقطن والقماش أو أحاده كالبرتقال والليمون مثلاً فيكتفي برؤية بعض الأجزاء أو الوحدات المسمى « بالنموذج »^(٢) ، وإن كان غير ذلك فلا بد من رؤية الكل كالبناء والدواب ، فإذا اشترى داراً لا يكفي في رؤيتها

(١) الرؤية قبل العقد التي يسقط بسببها الخيار بحيث يكون قد اشترى ما رآه ، والرؤية بعد الثراء وهي التي تكون بحيث لو صدر بعدها من الشترى ما يدل على الرضا يسقط خياره .

(٢) النموذج بفتح التون كلمة ليست عربية الأصل ، معربة ويراد بها مثال الشيء . والنموذج مصحف .

بعض حجراتها ، وإذا اشترى قطيع غنم فلا يكفي أن يرى منه واحدة أو أكثر .

لمن يثبت هذا الخيار : لا نزاع بين القائلين بشرعيته في أنه يثبت للمتملك وهو المشتري في عقد الشراء مثلاً ، ولكنهم اختلفوا في ثبوته للملك الذي ملك غيره ما لم يره ، كالبائع إذا باع مالاً من غير رؤيته ، ويتصور ذلك فيما إذا ورت شخص مالاً عن قريب له وقبل رؤيته لهذا المال باعه لغيره ، فأنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه باع ما لم يره .

فبعض الحنفية يقول بثبوته له كما يثبت للمشتري ، لأن العلة في ثبوت الخيار دفع الضرر ، وهذا البائع محتاج إليه كالمشتري ليدفع عن نفسه الضرر فيما إذا لحقه غبن من هذا العقد .

ويذهب الجمهور منهم الى عدم ثبوته ، لأن دليل شرعيته ، وهو قصة عثمان وطلعة ثبت فيها الخيار للمشتري دون البائع ، وكذلك الحديث - ان صح - صريح في ثبوته للمشتري فقط ، وإذا كان الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس والقاعدة في العقود فيقتصر فيه على ما ورد به النص ، ولا يتوسع فيه . على أنه لا حاجة إلى اثباته في جانب البائع ، لأنه يندر أن يبيع شيئاً من غير أن يره ، ولو فعل كان مقصراً بخلاف المشتري فان شراؤه لما لم يره يقع كثيراً في الحياة العملية .

العقود التي يثبت فيها : والذاهبون إلى شرعية خيار الرؤية أثبتوه في عقود أربعة - ١ - البيع إذا كان محله مالاً معيناً بالتمعين أي مشخصاً ، أما إذا كان معيناً بالوصف كما في السلم فلا خيار فيه - ٢ - والإجارة إذا كانت واردة على محل مشخص كسيارة بذاتها ، أو دار معينة - ٣ - والقسمه في

الأموال القيمة ، فإنه إذا قسم المال القيمي بين الشركاء ولم يكن أحدهم رأى نصيبه عند القسمة ثبت له الخيار - ٤ - والصلح في دعوى المال إذا كان بدل الصلح مالا مميئاً كذلك ، لأن الصلح في هذه الحالة عقد مبادلة ، فيكون في معنى عقد البيع .

أثر هذا الخيار في العقد هذا الخيار لا أثر له فيما يترتب على العقد من آثار فيثبت الملك في البدلين للماقيدين بمجرد تمام العقد ، ولكن أثره يظهر في لزوم العقد فيمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له الخيار حتى يبت في العقد بإمضاء فيأزم ، أو بالفسخ فيرتفع العقد وإذا كان الفسخ يقتضى خيار الرؤية لا يثبت إلا بعد الرؤية ، فقد يرم هذا أن العاقد لا يملك الفسخ قبلها ، ولكن الصحيح في مذهب الحنفية أنه يملك الفسخ قبلها لكن لا يقتضى الخيار بل بناء على عدم لزوم العقد .

ويلاحظ هنا : أن الفسخ سواء كان قبل الرؤية أو بعدها قبل القبض أو بعده لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ، ولا على قضاء القاضي . وإنما تتوقف صحته على علم الطرف الآخر فقط دفعاً للفرر عنه بسبب اعتماده على شراء هذا المشتري فلا يطلب لسلعته مشترى آخر :

ويجب على الممتلك عند الرد أن يحمله الى محل العقد اذا كان حل الى محل آخر سواء كان الذي حله هو الممتلك ، أو المملك ، لأن مؤنة الرد في خيار الرؤية والشرط والعيب تكون على المشتري .

هل هذا الخيار وقت محدد ينتهي بانتهاه ؟

هذا الخيار على الرأي الراجح عند المثبتين له ليس له وقت محدد ، بل متى ثبت يستمر حتى يوجد ما يسقطه من المسقطات الآتية ، لأن هذا شأن الحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها أو انتهاء أمدائها لها .

وقيل : إنه ثبت في مجلس الرؤية فقط ، فان فسخه فيه انفسخ والا لزم العقد ، وقيل : انه محدد بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ فاذا مضى وقت بعد الرؤية يكفي لفسخ العقد ولم يفسخه لزم العقد ، وهذان الرأيان ملاحظ فيهما جانب العقاد الآخر . لأن اثبات الخيار من غير تحديد وقت له قد يضر بالطرف الآخر .

ولكن أصحاب الرأي الأول لاحظوا ذلك أيضاً فاعتبروا كل ما يدل على الرضا من قول أو فعل إجازة للعقد ، فلو قال : أمضيت العقد ، أو رضيت به أو أجزتة كانت إجازة صريحة ، وإذا تصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا ، كقبضه والانتفاع به ، وإجارته وهبته وبيعه كان إجازة ضمنية ، وينتهي بها الخيار كالإجازة الصريحة ، إلا أن ما يدل على الرضا صراحة لا يعتبر إجازة إذا كان بعد الرؤية ، فإذا كان قبل الرؤية لا يعتبر إجازة ، ولا يسقط خياره ، ومثله في ذلك كل تصرف لا يرتب عليه ثبوت حق لغير العاقدين ، أما إذا كان تصرفاً يرتب عليه حق لغير العاقدين . كما في البيع والهبة فإنه يعتبر إجازة سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

والسبب في هذه التفرقة أن خيار الرؤية حق أثبتته الشارع بمعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها ، فلو قلنا يسقطه قبل الرؤية لكان إسقاطاً قبل الثبوت . ولولا أن النوع الأخير من الإجازة يرتب عليه حق لغير العاقدين وحق الغير يجب المحافظة عليه ، ولا يمكن استعمال حق الخيار إلا بإبطال ذلك الحق ، لولا ذلك لاضطرر الحكم ، من أجل ذلك اعتبر هذا التصرف إجازة مطلقاً سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

مستطاته : هذا الخيار يسقط بأمور :

١ - بكل ما يدل على رضاه بالعقد سواء كان صريحاً ، أو دلالة على

التفصيل السابق .

٢ - تمذر الرد يهلك محل العقد ، أو تعيبه بعيب يمنع الرد مطلقاً سواء كان بفعله أو بفعل غيره .

٣ - زيادة العقود عليه زيادة تمنع الرد، وقد سبق تفصيلها في خيار العيب، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة منه التي حدثت عند الممتلك . والمتصلة المتولدة منه على الخلاف ، وكذلك الزيادة المتصلة المتولدة منه .

٤ - موت من له الخيار سواء كان الموث قبل الرؤية أو بعدها عند من يمنع وراثته هذا الخيار ، وهم الحنفية . لأنه رغبة ومشينة كما سبق في خيار الشرط .

خيار التعيين

معناه . مشروعيته . شروطه . ووقته .
أثره في العقد . محله . ما ينتهي به وراثته

خيار التعيين : في اصطلاح الفقهاء : هو أن يكون للماقد حق تعيين أحد الشئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد بمقتضى شرط فيه . كأن يقول شخص لآخر : بعت لك إحدى هذه السيارات الثلاث بثمنها المحدد لها — بعد أن يعين لكل واحدة منها ثمناً — على أن تعين إحداها في مدة ثلاثة أيام . ويقبل المشتري هذا العقد ، أو يشتري الشخص واحدة منها ، ويجعل حق التعيين للبائع .

مشروعيته : هذا الخيار منعه كثير من الفقهاء . كزفر من الحنفية . والإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل ، لأن من شروط صحة العقد كون محله معيناً معلوماً . وهذا العقد فيه جهالة حيث تردد المبيع بين شيئين أو ثلاثة ، والجهالة غرر ، والرسول نهى عن بيع الغرر ، ومذهبهم هذا هو مقتضى الأصل والقياس .

ولكن أبا حنيفة وصاحبيه أجازوا هذا الخيار استحساناً على خلاف القياس ، لأن الناس محتاجون إلى مثل هذا النوع من المعاملة فهذا رجل كبير يتولى شراء حاجاته بنفسه ، وذلك آخر لا يستطيع الذهاب إلى الأسواق لكثرة شواغله ، وتلك امرأة محجة لا تفشى الأسواق ، كل أولئك محتاجون إلى من يقوم

بعملية الشراء . وقد لا يرضى الشيء المعين الذي يشتريه الوكيل أو الرسول
رغبة من كان الشراء لأجله ، وقد لا يرضى التاجر بإعطائه أنواعاً من بضاعته
— بغير عقد — ليعرضها على صاحب الشأن لينتقي منها ما يريد فكان المخلص
من ذلك كله أن يشتري الرسول واحداً من اثنين أو ثلاثة ويأخذ الكل ليعرضه
على صاحب الشأن ليختار منها ما يوافق رغبته ويحقق طلبته .

وقد يكون الشخص الذي يشتري لنفسه غير خبير بأحوال السلع فيحتاج
إلى عرضها على من له خبرة بذلك ، ولو أجل العقد حتى يرى رأيه لضاعت
منه هذه السلعة إما لارتفاع ثمنها ، أو رجوع البائع عن رأيه وبيعه لغيره .

شروطه : وخيار التعيين كغيره من الخيارات لا يثبت إلا إذا توفرت
شروط إن اختلف واحد منها فسد الشرط ، وتعدى فساداً إلى العقد ، وهي :

١ — أن يكون الخيار بين اثنين أو ثلاثة لا يتجاوزها ، فإن كان بين أربعة أو
أكثر لا يصح ، وذلك لأن هذا الخيار شرع استحصاناً على خلاف القياس
للحاجة ، فيقدر بقدر الحاجة ، وهي تدفع بالثلاثة وما دونها ، لأن الثلاثة فيها
الجيد والردىء والوسط فما زاد يكون مكرراً ، ولا حاجة إليه فيبقى على
أصل القياس ، وهو المنع .

٢ — أن تكون الأشياء المخير فيها متفاوتة ليكون للتخير معنى ، فإن
كانت متساوية لا يثبت خيار ، والتفاوت إما أن يكون في الأموال القيمة ،
والمثلية المختلفة الجنس ، كما إذا باعه إردباً من أرداب ثلاثة ، واحد من القمح ،
والثاني من الأرز . والثالث من النرة ، أما المثلية المتعده الجنس فلا تفاوت بينها

٣ — أن تكون معينة محددة أثمانها ، فإن كانت غير معينة ، كأن يبيع
له سيارة من سياراتين من غير تعيين كان المبيع مجهولاً جهالة فاحشة مفضية إلى
النزاع فيفسد العقد ، وكذلك لو كانت معينة والتمن غير محدد لكل منها ،

لأن البيع يقع على واحد غير معين ، والبيع لا يصح إلا بشئ محدد .

٤ - أن تكون مدة الخيار معلومة على الرأي المعتمد عند الحنفية ، وفي رأي آخر لا يشترط هذا الشرط ، فيصح ولو لم تحدد له مدة . كأن يقول بعثك واحداً من هذين الشئين ، ولك أن تعين أيهما شئت ؛ وعلل هذا الرأي بأن اشتراط المدة للمعينة هنا لا فائدة فيه ، بخلاف اشتراطه في خيار الشرط .

يقول صاحب تبیین الحقائق ^(١) في هذا الموضع . (إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التمين بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يقيد لزوم العقد عند مضي الوقت ، وفي خيار التمين لا يمكن ذلك ، لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تمينه بمضي الوقت بدون تمينه فلا فائدة لشرط ذلك ، والذي يطلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه) ا هـ .

ولكن هذا التوجيه مردود ، لأن التحديد لا يخلو من الفائدة ، وهي كما يقول صاحب الحواشي السعدية : إن تحديد المدة في خيار التمين له فائدة ، وهي أن يجبر على التمين بعد مضي المدة ، ، على أن فيه فائدة أخرى ، وهي دفع الضرر عن الطرف الآخر ، لأننا لو أثبتنا الخيار مطلقاً غير مقيد بوقت لكان الطرف الآخر في حيرة لا يدري مآل ملكه .

فالأوفق أن يكون لخيار التمين مدة ، وهو ما اتفق عليه الإمام والصاحبان ولكنهم اختلفوا في مقدارها ، فالإمام يرى أنها لا تزيد عن ثلاثة أيام على وفق خيار الشرط ، فإن زادت المدة على ذلك فسد الشرط والعقد .

والصاحبان يذهبان إلى أن تحديدها موكول إلى اتفاق العاقدین ، فإذا اتفقا

(١) ج ٤ ص ٢١ ، ٢٢

على أكثر من ثلاثة صح .

وعلى هذا الرأي الراجح - وهو اشتراط تعيين المدة - إذا لم يعين لهذا الخيار مدة يكون فاسداً .

هذا واشترط تحديد المدة في خيار التعمين إذا لم يكن معه خيار الشرط فان كان معه استغنى عن تحديدها^(١) بتعدد مدة خيار الشرط .

وإذا اجتمع خيار الشرط وخيار التعمين ، وحدد لكل منها مدة يكون ابتداء مدة خيار التعمين بعد الإجازة بخيار الشرط ، أو مضى مدته إن لم توجد إجازة ويلزمه التعمين بعد انتهاء المدة ، وإذا لم يذكر لخيار التعمين مدة يلزمه التعمين بعد انتهاء مدة خيار الشرط ، لأنه هو الوقت الذي يلزمه فيه البيع في واحد غير معين ، فيصير المشتري شريكاً للبائع فيجب على التعمين بطلب البائع .

هل يلزم في صحة خيار التعمين أن يكون معه خيار الشرط أولاً ؟

اختلف فقهاء الحنفية في ذلك . فمنهم من ذهب إلى أن ذلك شرط فلا بد من ذكر الأمرين ، وعلى هذا الرأي يكون صاحب الخيار له الحق في واحد من الخيارين فيها يضيء العقد أو يرد الكل وينسخ العقد ، فالعقد على هذا الرأي غير لازم .

ومنهم من ذهب إلى أن ذلك ليس بشرط ، وعلى هذا يكون العقد لازماً في صورة عدم خيار الشرط ، فليس له رد الكل ، وإن كان صاحب البدائع يرى أن خيار التعمين بمنزلة خيار الشرط يثبت لصاحبه خيار الفسخ لأن الملك

(١) راجع شرح المجلة العدلية - ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها .

للتأثير مع ليس لازماً .

والذي يرجح في نظري أنه ليس بلامر أن يكون مع خيار التمين خيار الشرط ، لأن الحاجة قد تدعو إليه وحده ، وأن العقد معه لازم في واحد غير معين ، فليس لصاحبه الحق في رد الكل وفسخ العقد بمقتضى التمين وحده فإذا ما كان مفرداً في تنفيذ المقدم أول الأمر احتياط لنفسه واشترط خيار الشرط مع خيار التمين ، فيكون له الخيار في الفسخ وفي التمين معاً .

أثر الخيار في العقد : مما سبق بيانه يعلم أن أثر خيار التمين في العقد يختلف باختلاف النظر ، فمن يذهب إلى أنه مثل خيار الشرط يكون أثره عنده أنه يحل العقد غير لازم ، ومن يذهب إلى أنه ليس مثله يكون أثره في اختيار محل العقد فقط ، والعقد لازم معه .

والرأيان متفقان على أنه لا أثر له في ثبوت أحكام العقد ، لأنها تثبت من وقت تمام العقد فقط ، ولكن على أنها لازمة على الرأي الأخير .

عمل هذا الخيار : وهذا الخيار لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تملك الأعيان كالبيع والهبة بشرط العوض ، والصلح عن دعوى المال بالمال . وما شاكل ذلك .

مسلطاته : هذا الخيار يسقط بواحد من أمور .

١ - تمين محل العقد باختيار أحد الشئتين المخير فيها . سواء كان ذلك صراحة ، كقوله : اشتريت هذا ، أو وضيت به ، أو كان بطريق الدلالة . كتصرفه في أحد الأشياء المخير فيها بما يدل على رضاه . ومثل ما إذا كان المخير فيه قطعاً من القماش فقطع واحدة لتفصيلها ثوباً ، أو سيارة فأجرها أو استعملها بنفسه ، أو باع واحداً منها أو وهبه أو رهنه إلى غير ذلك من التصرفات .

٢ - هلاك أحد الشئيين بعد قبض المشتري . فان الهالك هنا يتعين محلاً للمقد ويلزم بدفع ثمنه المحدد له والباقي يتعين للامانة ، وإذا كان الهالك عند البائع فان الباقي يتعين للاختيار ، فاذا هلك واحد من اثنين أو اثنان من ثلاثة كان الباقي هو المباع وينتهي الاختيار .

٣ - تعيب أحد الشئيين بعيب يمنع الرد ، فانه يتعين محلاً للمقد للضرورة .

وراثه هذا الخيار : وينتقل خيار التعيين إلى الوارث إذا مات من له الخيار قبل التعيين ، لأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين ، فثبت الخيار لوارثة ليتعين ماله من مال البائع ، فلو انقضت المدة من غير أن يعين أجبر على التعيين ودفع ثمن الذي عينه من تركه مورثه ، ولو كان مع خيار التعيين خيار الشرط يبطل حكم خيار الشرط بموت صاحبه لأنه لا يورث .

خيار النقد

هذا نوع آخر من الخيارات أثبتته الحنفية لحاجة الناس إليه في معاملاتهم ومضاه أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن يؤدي المشتري الثمن في مدة معينة . وإن لم يؤديه في هذه المدة فلا بيع بينهما ، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الشرط صح البيع والشرط معاً .

وعلى المشتري أن ينقد الثمن في المدة . فإن فعل ذلك لزم البيع وإن لم يفعل كان البيع فاسداً إذا بقي المبيع على حاله لم يتغير .

وهذا الخيار كما يثبت للمشتري يثبت للبائع وصورته - كما في رد المختار^(١) أن يتبايعا ويدفع المشتري الثمن ويحمل للبائع الخيار في رد الثمن في مدة معينة فيقول له : إن رددت الثمن في هذه المدة فلا بيع بيننا ، ويقبل البائع .

ففي هذه الصورة يثبت الخيار للبائع في رد الثمن إلى المشتري ، فإن رده ارتفع البيع ، وإن لم يرده لزم المقيد .

وهذا الخيار جائز استحساناً على خلاف القياس ، ولذلك منعه زفر من الحنفية لتمسكه في الغالب بالقياس .

وجه الاستحسان هنا ظاهر ، وهو أن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا النوع

(١) ج ٤ ص ٧٥ .

من الشرط، وهو في الحقيقة نوع من خيار الشرط، لأن الخيار هنا ثبت بالشرط، ولولا الشرط ما ثبت .

ملفته : والفائزون بهذا الخيار اتفقوا على أنه إذا لم يذكر له مدة كان يقول البائع للمشتري : أن لم تنقد الثمن فلا بيع ، أو ذكر له مدة مجهولة ، كأن يقول : أن لم تنقد الثمن أياماً يكون المقعد فاسداً في صورتين .

واتفقوا على صحته إذا حدد مدة ثلاثة أيام أو أقل كيوم أو يومين، واختلفوا فيما إذا بين مدة معلومة أكثر من الثلاثة كأربعة مثلاً . فأبو حنيفة يقول بفساد البيع ، ومحمد يقول بصحته ومعه أبو يوسف في قوله الأخير ، والخلاف هنا كالخلاف في خيار الشرط .

وهذا الخيار لا يورث باتساق القائلين به ، لأنه رغبة ومشئة ، والرغبات ليست محل الإرث، وهذا الحكم يستوي فيه ما إذا كان الخيار للبائع ، أو للمشتري إلا أنه إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن يلزم البيع بموته ، لأن الموجب للإمضاء العقد هو عدم رد الثمن وقد تحقق عدم الرد بموته ، وإذا كان الخيار للمشتري في نقد الثمن يبطل البيع بموته حيث كان الموجب للإمضاء هو نقد الثمن ولم يتحقق النقد قبل موته ويتعذر بعد موته حيث لا يخلفه أحد فيه .

هذا ومن يستعرض أحكام الخيارات الأخرى كخيار الاستعاق ، وهو ما يثبت للمشتري . إذا استحق بعض المبيع ، فله الحق في رد باقي المشتري . ويأخذ الثمن كله أو يأخذه بمحضته من الثمن وخيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فله في هذه الحالة أن يفسخ المقعد أو يعضيه .

من استعرض ذلك كله يجد الفقه الإسلامي يسير مع الزمن ، ولا يأبى كل جديد ، بل يحده يحاول تحقيق مصالح الناس بشئ الطرق ما لم يكن في ذلك

مصادمة لنصين قطعي، أو إبطال لقاعدة من قواعد العامة، وما جاء من تفريعات
الفقهاء مخالفاً لذلك فهو مردود عليهم، والشرعة منه براء لأنه مصادم لنص
القاطع في كتاب الله « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

الفصل الجديد

في طريقة الانتفاع بهذا الفقه ودفع الشبهات
التي تثار حول تطبيقه في الوقت الحاضر وفيه مطالب:

المطلب الأول:

. في طريقة الانتفاع بهذا الفقه

إذا كان القانون لا يكتب له البقاء إلا من مسابته المستمرة للأحداث التي تخرج إلى عالم الوجود، ولا يستطيع أن يؤدي دوره إلا إذا وجدت هيئة مستعدة دائماً لتحقيق تطابقه مع تلك الأحداث، وتنقله من عالم التجريد إلى عالم الواقع^(١) كما يقول سالي وديموج من الفقهاء الغربيين.

فالفقه الإسلامي - كقانون - لا يستطيع أن يؤدي دوره كاملاً إلا إذا وجدت تلك الهيئة المنظمة لتطبيقه لتعمل على الملائمة بينه وبين واقع الناس، وهذا لا يكون إلا بفتح باب الاجتهاد من جديد، لأن الاجتهاد هو شريان الحياة في جسد الفقه، وبقدر قوة هذه الحياة تكون منزلة ذلك الفقه، ونحن إذ نطالب بفتح باب الاجتهاد لا نعني أن باباً قد أغلق فيما مضى - وأن الأمر حقيقة واقعة، لأن كل ما حدث فيما مضى لا يعدو - في نظري - أن يكون مجرد دعوى صدرت من جماعة من الفقهاء في فترة معينة من تاريخ الإسلام، صدرت ومعها ما ينقضها وينادي ببطلانها، فهؤلاء لم يقولوها استناداً إلى نص أو إجماع سابق، بل قالوها اجتهداً منهم ليصلوا من ورائها إلى غرض معين، هو منع المدعين الذين لم يتأهلوا له من دخوله، والوقوف في محرابه.

بدليل أنه لم يخل عصر من العصور - بعد صدور تلك الدعوى - من وجود مجتهد أو أكثر، بيد أن منهم من كان يعلن عن اجتهاده، ويتحمل في سبيله من

(١) رسالة نظرية الاستعمال للدكتور توفيق فرج ص ٢.

أنصار التقليد كل ألوان السخرية والاستهزاء. ومنهم من كان يجتهد ويلون آراءه بدون أن يشعر بها غيره أو ينسبها إلى مجتهد سابق.

وقع ذلك مصداقاً لقول رسول الله: «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله»، وفي رواية «حتى يأتيهم أمر الله وهم ظاهرون»^(١).

إننا لا نطالب بهذا النوع من الاجتهاد، وهو الاجتهاد الفردي، لأنه لا يحل المشكلة، بل قد يزيدا تعقيداً، وبخاصة وقد كثر دعاته، بل قد وجد من ينقل آراء السابقين وينسبها لنفسه، ولاجتهاذه المزعوم بكلمة ما أسهلها كتابة ونطقاً وأنا أرى كذا وكذا؟؟

ولإنما نقصد اجتهاداً يخرجنا من جمود الفقهاء المتأخرين، وفي الوقت نفسه يسير بنا قدماً إلى الأمام حتى يسترد ذلك الفقه مكانته في عالم التشريع والتطبيق.

اجتهاد جماعي بصورة مستطاعة ميسورة متى خلصت النيات وصدقت العزائم، وذلك بتأليف هيئة فقهية يطلق عليها اسم «المجمع الفقهي» أو «المجلس الأهلئ للفقه والتشريع» يختار أعضاؤه من أصحاب الملكات الفقهية الناضجة، لا تقتصر في تكوينه على فقهاء جمهوريتنا، بل نجعل الباب مفتوحاً أمام الراغبين من البلاد الإسلامية الأخرى^(٢).

ومن يدرئ، لعل هذا يكون مقدمة للوحدة التي نجاهد من أجلها وأن الله يجمع المسلمين بشريعته كما جمعهم بها من قبل.

وهذا المجلس تعرض عليه المشكلات الفقهية التي وجدت في هذه الأيام ليمخرج لها أحكاماً تتلاءم مع مبادئ الشريعة السامية. ويعيد النظر فيما قرره الفقهاء السابقون من أحكام اجتهادية تأثرت بأعراف الناس في أزمئتهم.

وأخيراً يصوغ من هذا الفقه قانوناً عاماً مأخوذاً من جميع المذاهب إذا وجد

(١) تفسير المنار ج ٧ ص ١٤٣.

(٢) قد استجابت الدولة فأنشأت مجمعا أسمته ومجمع البحوث الإسلامية ويتبع الأزهر وحل محل جماعة كبار العلماء التي كانت موجودة فيه من قبل، وفتح أبوابه لكل البلاد الإسلامية وعين فيه من كل قطر عضو أو أكثر ولم يقتصر على الفقهاء بل عين فيه أعضاء من غيرهم.

فيها ما يفي بذلك مما يتلاءم مع حاجات الناس، ومصالحهم، فإن لم يوجد فبالاجتهاد.

وهذا هو المبدأ الذي قرره رسول الله من قرون طويلة مضت.

جاء في إعلام الموقعين لابن القيم^(١). روى مالك بن أنس بسنده إلى علي بن أبي طالب قال: «قلت يا رسول الله. الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة قال: «اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد».

وهو ما فعله عمر بن الخطاب في خلافته، فقد جمع حوله كبار الصحابة وفقهاءهم، ومنعهم من الخروج من المدينة إلا بإذنه، وإلى أجل محدد ليعرض عليهم ما يأتيه من مشكلات جديدة.

وهذا العمل إذا لم يوله ولاية الأمور في الدولة عنايتهم وتشجيعهم قلّت فائدته، أو ضاعت ثمرته. والتاريخ البعيد والقريب تشهد صفحاته بأن فقهاء لم يزدهر إلا في رحاب الدولة وتشجيعها، وفي ظلال عناية الخلفاء والأمراء، ولا يتم ازدهاره إلا إذا خضع لأحكامه الراعي قبل الرعية.

(١) ج ١ ص ٧٤.

المطلب الثاني

في إبطال ما أثير من شبهات حول تطبيق هذا الفقه في عصرنا الحاضر

قد يقال: إن مشكلات زمنية كثيرة تعترض طريق الفقه الإسلامي فتحول بيننا وبين تطبيقه. منها نظام الفوائد الذي عم المعاملات كلها، حتى لا تكاد تخلو منه معاملة من المعاملات التجارية، والأنظمة الاقتصادية الحديثة، التي دخلت حياة الناس، فأصبحت من حاجاتهم الملحة، بل من الضرورات لدى بعض الأفراد - كشركات التأمين، وشركات المساهمة - مما تتعارض أحكامها مع أحكام ذلك الفقه. الأمر الذي يجعل تطبيقه متعذراً، أو يوقع الناس في حرج بين.

ونحن نجيب عن ذلك بأن هذه الأنظمة وغيرها لا تحول دون تطبيق أحكام هذا الفقه، لما عرفت أنه فقه مرن بأصوله وقواعده، فهو لا يهدر الجديد لأنه جديد، بل لما فيه من الفساد البين، وقد كان هذا موقفه دائماً مع ما التقى به من عادات ومعاملات فيما فتحه المسلمون من بلدان عديدة في صدر الإسلام.

فقد أقر الصالح منها، وأبطل الفاسد المخالف لقواعده، ولم يقم العثرات في سبيل مصالح الناس، بل عمل على تحقيقها بشتى الوسائل، فكان ولا يزال يجلب المنافع لهم، ويدفع المضار ويرفع الحرج عنهم، ولو أدى ذلك إلى التغيير في بعض أحكامه.

وقد ثبت أن كثيراً من الفقهاء أفتوا بجواز أشياء كانت ممنوعة لما دعت إليها الضرورة أو الحاجة الملحة، وخصصوا النصوص بأعراف الناس الصحيحة كعقد الاستصناع، وعقد التحكير، وبيع الاستجرار، وجواز أخذ الأجرة على الأذان وتعليم القرآن، والطاعات.

ولم يكن مسلكتهم في ذلك ابتداعاً ولا مخالفة، ولكنه اتباع وموافقة لكتاب

الله، ولسنة رسول الله ﷺ، فكتاب الله ينفي المحرج عن شريعته في صراحة، ويؤكد في غير آية أنه أراد بهم اليسر لا العسر فلم يكلفهم إلا وسعهم، ووضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم.

ومن آيات رحمته أنه حرم عليهم أشياء معدودة، ثم استثنى منها مواضع الضرورة.

والرسول عليه السلام الذي وكل إليه البيان حينما بين مبدأ الاستثناء وطبقة لم يقف باستثناءاته عندما سماه العلماء فيما بعد بالضرورات، بل توسع فيها حتى شمل ما هو في مرتبة الحاجات أيضاً، وإنك لتلمح من تطبيقه فيما أثارته من ذلك أنه كان يعمل بروح التشريع دون التقيد بالألفاظ وما يتبادر منها.

ومن هنا جاء تشريع الرخص التي لا ينكرها أحد ممن يدين بالإسلام وعلى ضوءها قرر الفقهاء قاعدتهم المشهورة «كلما ضاق الأمر اتسع» وما في معناها من قولهم «الضرورات تبيح المحظورات» «والمشقة تجلب التيسير».

هذا وإن رسول الله الذي أكد تحريم الربا يرشدنا في بعض أحاديثه إلى طريق آخر مشروع نتوصل به إلى تحقيق أغراضنا بعيداً عن الربا والمرايين، وذلك فيما رواه البخاري^(١) عن أبي سعيد وأبي هريرة أن رسول الله استعمل رجلاً على خبير، فجاءهم بتمر جنيب، فقال له: أكل تمر خبير هكذا؟، قال: إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنياً وقال في الميزان مثل ذلك.

ورواه مالك في الموطأ^(٢) عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال: قال رسول الله: التمر بالتمر مثلاً بمثل، فقيل له: إن عاملك على خبير يأخذ الصاع بالصاعين، فقال رسول الله: ادعوه لي، فدعي له فقال له رسول الله: أتأخذ الصاع بالصاعين، فقال يا رسول الله لا يبيعونني الجنيب بالجمع صاعاً بصاع، فقال له

(١) متفق الإخبار بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٦، وفي نصب الراية للزيعلي ج ٤ ص ٤٣: أخرج البخاري ومسلم عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ بعث لنا بني عدي الأنصاري واستعمله على خبير الخ ثم قال: أخرجه البخاري في أربعة مواضع من صحيحه، في البيوع، وفي الوكالة، وفي المغازي وفي الاعتصام.

(٢) شرح الباجي ج ٤ ص ٢٣٨.

رسول الله: بع الجمع بالدرهم، تم ابتع بالدارهم جنيهاً^(١).

فأنت ترى أن العامل اشترى الجيد بالردية متفاضلاً، لأنه لم يجد من يعطيه الجيد بالردية متماثلاً، فنهاه الرسول عن ذلك، وبين له الطريق السليم الذي يصل به إلى غرضه من غير أن يرتكب محظوراً منهياً عنه.

ومن هذا تعلم أن الشارع كلما أغلق أمام الناس باباً من أبواب الحرم فتح لهم باباً آخر من أبواب الحلال.

وعلى تلك الأسس يستطيع الفقه الإسلامي أن يتحكم في هذه المعاملات من غير أن يوقع الناس في الحرج.

فالقرآن حرم الربا تحريماً مؤكداً، وأعلن الحرب على المرابين، وتوعدهم بعقاب أليم في الآخرة، ولكنه جاء به مجملاً غير مفصل، والرسول فصله وبينه في أصناف ستة، حرم فيها الربا بنوعية «الفضل والنسيئة»، «مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد»^(٢).

وقطع الطريق على المحتالين بقوله في بعض الروايات: «جدها ورديتها سواء» وقال: «فمن زاد أو استزاد فقد أربى».

فيكون الربا بنوعية - الفضل والنسيئة^(٣) - محرماً في هذه الأصناف الستة

(١) الجنيب هو التمر الجيد غير المختلط بالردية بعد ما أخرج منه حشفه وربيته، والجمع هو التمر المختلط بغيره، والميزان هو الموزون. أي وقال في الموزون مثل ما قال في المكيل.

(٢) في الحديث المشهور الذي أخرجه البخاري عن أبي الأشعث عن عبادة قال رسول الله «والذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر والشعير بالشعير، والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» نصب الرأية ج ٤ ص ٤٣.

(٣) والنوعان ليسا في درجة واحدة في التحريم، فربما النسيئة حرم لذاته قصداً، وهو الذي عنه القرآن بقوله ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾. وأعلن الحرب على آكله، لأن الشائع عندهم حين نزول القرآن، وربا الفضل حرم لكونه وسيلة إلى الأول حيث يوصل إليه في غالب صوره، فتحريمه من باب الذرائع. يدل لذلك ما رواه أبو سعيد الخدري عن رسول الله أنه قال «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإنني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا، ومن هنا فرق ابن القيم بينهما في التسمية، فسمى الأول الربا الجلي والثاني الخفي، ثم رتب ذلك الاختلاف في بعض الأحكام، فقال: إن ما حرم لذاته لا يباح شرعاً إلا لضرورة إن كان مما يضطر إليه، وما حرم لسد الذريعة يباح للحاجة والمصلحة وبنى على هذا جواز الحلية من الذهب والفضة بنقود منهما تزيد على وزنها في مقابلة ما

بهذا النص، واتفق الفقهاء على أن النوعين محرمان في الصنف الواحد، وعند اختلاف الصنف يحرم النساء فقط، كما يصرح الحديث في آخره «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، فمن استحل من ذلك شيئاً من غير ضرورة فقد ارتكب جرماً عظيماً ينكره الإسلام أشد الإنكار.

وبقي الربا في غير هذه الأصناف من غير بيان صريح موكولاً إلى اجتihad المجتهدين، فكان الاشتباه والاشكال. الأمر الذي جعل عمر بن الخطاب يقول: «ثلاث وددت أن رسول الله ﷺ عهد البنا فيهن عهداً تنتهي إليه الجد، والكلالة، وأبواب من أبواب الربا» يعني بذلك بعض المسائل التي فيها شائبة الربا^(١).

وروي أنه خطب الناس في خلافته فقال: «أيها الناس إني لعلي أنهاركم عن أشياء تصلح لكم، وأمركم بأشياء لا تصلح لكم، وإن من آخر القرآن نزولاً آية الربا، وأنه قد مات رسول الله ولم يبينه لنا، فدعوا ما يريكم إلى ما لا يريكم». وفي رواية: إن من آخر ما نزل آية الربا، وأن رسول الله قبض قبل أن يفسرها فدعوا الربا والريبة^(٢).

وإذا وصل إشكال الربا إلى هذا الحد فلا غرابة أن يختلف الفقهاء في جريانه فيما عدا تلك الأصناف التي عدّها الحديث.

فقصّره قوم عليها، ولم تكن علة القصر قاصرة على عدم القول بالقياس كما يقول أهل الظاهر، بل منعه بعض القائلين بالقياس بحجة أن علل القياسيين فيها ضعيفة.

يقول ابن القيم^(٣): تحريم الربا في الأشياء الستة متفق عليه، ثم قصّره بعضهم عليها، وأقدم من يروي هذا عنه قتادة، وهو مذهب أهل الظاهر، واختيار ابن عقيل من الحنابلة في آخر مصنفاته مع قوله بالقياس. معللاً ذلك بأن علل

* فيها من الصنعة، واستشهد على جواز ربا الفضل للمصلحة الراجحة بإيالة النبي بيع العرايا، وذكر له نظائر إيالة نظر الخاطب والطبيب والشاهد إلى المرأة الأجنبية الخ راجع تفسير المنار ج ٧ ص ١٨٠ وما بعدها.

(١) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٢٧.

(٢) المرجع السابق ص ٣٢٨.

(٣) تفسير المنار ج ٧ ص ١٨١.

القياسيين في مسألة الربا ضعيفة، وإذا لم تظهر علة امتنع القياس.

وعده آخرون إلى غير هذه الأنواع بطريق القياس من غير أن يتفقوا على علة التعدية^(١)، فحكم كل إمام علته التي استنبطها في التحريم، فحرم بها أشياء قد يوافق عليها غيره، وقد يخالفه كما هو مفصل في موضعه من كتب الفروع.

فالربا فيماعد الأنواع الستة غير متفق على تحريمه بين أئمة الاجتهاد، ولكن المتأخرين من الفقهاء أطلقوا لأقيستهم العنان، فحرموا بها تصرفات كثيرة تحت عنوان الربا وشبهة الربا مستندين في ذلك إلى ما يروى أن رسول الله حرم الربا والريبة، وفسروا الريبة بشبهة الربا.

وهكذا فتحو أبواب التحريم ظناً منهم أن دين الله يقضي بذلك، فأوقعوا عبادة الله في الحرج، ومنعوه من تحصيل المصالح باسم الربا، وشبهة الربا، حرموا بمجرد الشبه ولو كان بعيداً.

وقد يرجحون الشبه المحرم عند تعارض الأشياء، وكل ذلك لا يتفق مع أسلوب التشريع الذي جعل التحريم والمنع خلاف الأصل، فعند المحرمات، وأطلق في الإباحة، وجعلها الأصل في الأشياء في غير آية^(٢)، ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾^(٣)، و﴿وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه﴾^(٤).

فهو في مقام التحريم يعدد أو يستثني، وفي مقام التحليل يطلق. ﴿حرمت

(١) فالملكية جعلوا علة تحريم النساء في الذهب والفضة كونها رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات وفي الأصناف الأربعة هي الطعم والادخار، وقيل الادخار فقط والشافعية: والمقهور في الذهب والفضة، وجعلوها في غيرهما الطعم يعني كون الشيء مطعوماً مقتناً، والحنفية جعلوا العلة في الكل اتحاد القدر من الكيل والوزن، وأما علة تحريم التفاضل فهي اتحاد الصنف مع ما سبق.

(٢) ولا تنافي بين هذا التفسير في أسلوب التحريم والتحليل في تلك الآيات وما شابهها وبين الإطلاق فهما في وصف الرسول في قوله تعالى ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ لأن هذا اختبار عن صفات الرسول التي جاءت به التوراة، ومنها أنه يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث، وقد بينت الآيات الأخرى أنه في مقام التحريم يعدد المحرمات أو يجعلها مستثناة وفي مقام التحليل يطلق من غير تعداد إلا ما يظن أنه محرم عليهم ﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾.

(٤) العجالة - ١٣.

(٣) البقرة - ٢٩

عليكم أمهاتكم وبناتكم . . ﴿ إلى أن قال ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً . . ﴾ الآية .

فمن سوى بين التحريم والتحليل بالقياس فقد أبعد عن سنن التشريع .
ومن هنا وجب إعادة النظر فيما حرمه الفقهاء المقلدون ، وسدوا به أبواباً من المعاملات على الناس فيضيقوا عليهم باسم الدين لمجرد الشبه ، أو لأنها لم تكن في العصر الأول .

وما نراه اليوم من أوضاع اقتصادية جديدة لم تكن في العصور السابقة ولم يعطها الفقهاء أحكاماً ، أو ظنوا الناس داخلية في الربا لا ينبغي لنا أن نرفضها لمجرد أنها جديدة لا نجد لها نظيراً في كتب الفقه ، أو أنها تشبه المحرم في بعض نواحيه ، وإنما الحل الصحيح فيها أن تعرض للبحث من جديد على ضوء قواعد الإسلام وقيادته ، فما وجدنا له منها مخرجاً إسلامياً بوضعه أبيح كما هو ، وما وجدناه يتنافى مع القواعد والأصول نحاول تعديله والتغيير فيه حتى يتوافق معها ، فإن أبى التعديل طبق عليه حكم الضرورات ، وعندئذ تصبح أوضاعاً إسلامية تضاف إلى غيرها مما اجتهد فيه الفقهاء السابقون . ولنا في هذا التعديل أسوة برسول الله ، فقد تقدم قريباً قوله : « بيع الجمع بالدرهم ثم اشتر بها جنيئاً » وقوله في شأن السلم بعدما نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

أما المعاملات الربوية الصريحة التي زحفت علينا من الغرب ، وأصبحت في كياننا الاقتصادي ، ولا يمكن إلغائها الآن بتشريع عاجل ، لما يترتب على هذا الإلغاء من اضطراب التعامل ، وتعطل أسواق التجارة مع بلاد كل تعاملها بالربا ، وما يتبع ذلك من بلبلة في الاقتصاد - كما قيل - هذه المعاملات تترك الآن دفعاً للخرج ، وحرصاً على تحصيل مصالح الناس ، على أن يكون ذلك تشريعاً استثنائياً مستثنى من أجل هذه الضرورة مع البحث الجدي فوراً عن طريقة لاستقلال اقتصادنا عن الاقتصاد الغربي القائم في أصله على الربا ، فننشئ اقتصاداً يقوم على مبادئ الإسلام الصحيحة يشترك فيه كافة الدول الإسلامية والعربية وغيرها من

الدول الصديقة التي ترغب في ذلك^(١).

إننا إن فعلنا ذلك أمكننا أن نفصل عن الغرب اقتصادياً، وبه يتم استقلالنا الحقيقي، وفي خيرات البلاد العربية والإسلامية ومواردها الوفيرة ما يغيننا عن التعامل مع هؤلاء الربوبيين، وحينذاك يجد الغرب نفسه مضطراً إلى التعامل معنا على الأسس التي نختارها، فإن لم يكن مفر من التعامل معهم على الوضع القائم فليحصر في نطاق الضرورة الذي دل عليه قوله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه﴾، وطبقه رسول الله ﷺ ملائماً بين التشريع وواقع الناس في عصره.

ولا يفوتني هنا أن أنبه على مبدأ آخر يدخل في حل المشكلة، وهو أن الشارع استثنى بعض أفراد الربا الحاجة الناس كالقرض والعرايا، وأن بعض الفقهاء جوز القياس على ما استثناء الشارع إذا كان المقيس في معنى المقيس عليه.

فالغزالي يقول: إن ما استثنى عن قاعدة سابقة ويتطرق إلى استثنائه معنى فهذا يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى، وشارك المستثنى في علة الاستثناء، مثاله استثناء العرايا، فإنه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا ولا هادماً لها، لكن استثنى للحاجة، فنقيس العنب على الرطب لأننا نراه في معناه، وبعد ذكر مثال آخر ليس من باب الربا قال: ولولا أنا نشم منه رائحة المعنى لم تنجاسر على اللاحق.

فأين هذا مما فعله متأخرو الفقهاء من التغالي في التحريم بالقياس وإدخال أشياء كثيرة في الربا والريبة؟!

ومن هذه المشكلات نظام الحدود «العقوبات المقدرة شرعاً على بعض الجرائم» فإن دعاة التمدن يقولون: إنه نظام لا يلائم المدنيات العصرية، فقطع يد السارق فيه قسوة وشدة لا تتناسب مع سرقة مال الغير مهما غلت قيمة المال، وجلد

(١) وإذا كانت الدول الأوروبية أنشأت سوقاً أوروبية مشتركة لتواجه به التهديد الاقتصادي الذي تصورته موجهاً لها من جانب البلاد المتحررة في آسيا وأفريقيا أفلا يجدر بنا أن نحمي أنفسنا واقتصادنا من أكلة الربا؟

وأصلح في نظري يوصلنا إلى الغاية هو النظام الذي أدال دولتي الاكاسرة والقياصرة فيما مضى من التاريخ، وثبت في كل تجربة أنه أصلح نظام عرفته الإنسانية منذ فلتت خلافة الإنسان في الأرض.

الزاني ورجمه أشد قسوة من سابقه، وكيف يستماغ جلد سكران ثمانين جلطة على أن شرب كأساً من خمر؟!

وجوابنا عن ذلك: إن الشارع شرع هذه العقوبات المقدرة المحددة في أصيق نطاق، حيث قدرها وحددها لست جرائم هي: القتل وقطع الطريق «الحراية»، والزنى والقذف والسرقة وشرب الخمر، والخمسة الأولى لها عقوبات مقدرة في القرآن، ولا خلاف فيها، وأما شرب الخمر فعقوبته ثابتة بالسنة، ومختلف في أنها حد أو تعزير، وكذلك في مقدارها، وزيد كذلك في السنة عقوبة على الارتداد عن الإسلام «من بدل دينه فاقتلوه».

قدر الشارع عقوبات هذه الجرائم لشيوعها بين الناس، وعظم جرمها في حق المجتمع، لأنها اعتداء على الأمور الضرورية والنفس والمال والعرض والنسب والعقل والدين».

قدر هذه وترك ما عداها من غير تحديد لجزاء مفوضاً الأمر فيها إلى الولاية يقدرونه حسبما تقضي به المصلحة، وإنما فعل ذلك ليكون التشريع مرناً صالحاً للتطبيق في كل عصر، وفي جميع البيئات، ولأن الجرائم لم تنحصر فيما كان موجوداً حين التشريع، ففي كل يوم يولد جديد في عالم الاجرام حتى جعل له فقهاء القانون علماء خاصاً أسموه «علم الاجرام».

والجزاء المفوض في باب التعزير يبتدىء من الكلمة الزاجرة، وينتهي عند أشد العقوبات وهي القتل..

والتعزير يجب على فعل كل منكر مخالف للنظام الشرعي، سواء أكان إخلالاً بواجب ديني أم عدواناً على الغير، فيدخل في ذلك السبب والشتم والغش والاحتياال والتزوير، وشهادة الزور والاستهزاء بالدين، وترك الواجبات من صوم وصلاة وغيرهما.

ولعل مسلك القوانين الحديثة في جعلها لكل جريمة عقوبة لها حدان أدنى وأعلى، وتركها للقاضي حرية الاختيار حسبما يرى، لعل ذلك جاء تقليداً للنظرية الإسلامية في التعزير المفوض أصل تقدير العقوبة فيه إلى القاضي.

مقصد الشارع من تشريع الحدود

والإسلام حينما شرع تلك العقوبات لم يقصد منها إلا إصلاح المجتمع بمنع وقوع هذه الجرائم أو تقليل وقوعها، وفي دائرة الإصلاح شرعها، لذلك لم نجد منه حرصاً على إثبات تلك الجرائم، ولا تشوقاً إلى إقامة الحدود عليها. فقد شرط في إثباتها شروطاً يقل معها الإثبات أو يندر.

فالزنى مثلاً لا يثبت إلا بإقرار الزاني نفسه إقراراً صريحاً لا شبهة فيه، أو بشهادة شهود أربعة تتوفر فيهم العدالة والمعاينة.

فشهود أربعة يتفقون على رؤية الجاني على وضع واحد، بحيث إذا اختلفوا في الشهادة سقطت شهادتهم يدل دلالة واضحة على أن العقوبة - في الحقيقة - على الإعلان والمجاهرة بالفعل الشنعاء، لأن من يفعلها بحيث يراه هذا العدد من الشهود، ويقفون على حقيقة فعله يكون مستهتراً مجاهرأً بفعله القبيحة غير مبال بقانون ولا حاسب للمجتمع الذي يعيش فيه حساباً، بل إنه شخص تجرد من إنسانيته بجريء الناس على هذا القبيح ويدعوهم إلى ارتكابه.

ومن هنا استحق عقوبة زاجرة تقام عليه في ملأ من الناس ليكون جزاء وفقاً ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾^(١).

ويؤيد ذلك ما روي عن رسول الله أنه كان يقول: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فاستتر فهو في ستر الله ومن أبدى صفحته أقنأ عليه الحد»^(٢).

ويأتي من وراء ذلك أمر الشارع بדרء هذه الحدود صراحة، يقول رسول الله ﷺ فيما رواه السيوطي في الجامع الصغير: «ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة».

(١) النور - ٢.

(٢) كشف الغمة ج- ٢ ص ١٣٠.

وفي رواية أخرى «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً»^(١).
وروي عن عمر أنه قال: «لأن أعطل الحدود في الشبهات خير من أقيمها في
الشبهات»^(٢).

بل أكثر من ذلك أن رسول الله ﷺ في قصة ماعز كاد أن يلقنه الرجوع عن
اعترافه بالزنى، فقد أعرض عنه أربع مرات، وفي الخامسة قال له: لعلك قبلت أو
لمست أو نظرت. . ولم يأمر بإقامة الحد عليه إلا بعد أن اعترف به صراحة.
روى أبو هريرة قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فشهد على نفسه أربع
مرات أنه أصاب امرأة حراماً ورسول الله يعرض عنه، فأقبل في الخامسة فسأله عن
فعله صراحة من غير كناية، فلما أجابه قال له: فهل تدري ما الزنى، قال نعم:
أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: فما تريد بهذا القول، قال:
أريد أن تطهرني يا رسول الله، فأمر به فرجم»^(٣).

وروى بريدة رضي الله عنه قال: جاءت الغامدية «امرأة من غامد من الأزد»
فقالت: يا رسول الله إني قد زنيت فطهرني فردها، فلما كانت من الغد قالت: يا
رسول الله لما تردني، لعلك تردني كما رددت ماعزاً فوالله إني لحبلى، قال: أما إذا
فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بالصبي في خرقه وقالت: هذا قد ولدته،
قال: اذهبي فارضعيه حتى تطفميه فلما قطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز،
فقالت هذا ابني يا نبي الله قد قطمته وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من
المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها»^(٤).

هذا هو الإقرار الذي يثبت حد الزنى لا يقبل من المقر أول الأمر، بل يرد
مرات حتى يتأكد الإمام أنه جاد في إقراره، ومع هذا التكرار ينبغي أن يسأل عنه.
هل به جنون أو مرض، فإذا لم يكن به شيء من ذلك أقيم عليه الحد، ويبدأ
الإمام، ثم الناس، فإن رجع بعد الإقرار اعتبر رجوعه، ودرى عنه الحد، فإن لم
يرجع صراحة لكنه فرغ عند إقامة الحد عليه اعتبر هذا الفرار رجوعاً، لما روي في

(١) المرجع السابق ص ١٣١ .

(٢) الخراج ص ١٥٣ .

(٣) (٤) كشف الغمة ص ١٣٢ ، ص ١٣٣ .

قصة ماعز أنه فرحين مسته الحجارة، ولم يتركوه حتى مات، وأن رسول الله ﷺ قال لهم لما بلغه خبره «هلا تركتموه»^(١).

وأما الشهادة ففيها بعد اشتراط نصاب معين، وعدالة الشهود، واتفاقهم على الرؤيا على وضع معين لا شبهة فيه، أن الشهود مخيرون بين الستر والشهادة، والستر أفضل، ولذا قرر الفقهاء: إن القاضي إذا رأى الشخص يزني لا يحل له أن يقيم عليه الحد بعلمه ترجيحاً لجانب الستر^(٢).

وفوق ذلك فإنهم يترددون في أداء الشهادة، لأنهم يعلمون مقدماً أنه إذا لم تتم شهادتهم لشبهة من الشبه كانوا قذفة، فيحدون حد القذف فهذا الوضع يمنع الشهود من أداء الشهادة غالباً.

ثم إنه لو تمت شهادتهم وثبتت الجريمة وحكم بإقامة الحد أمر الشهود بالبدء بالضرب في الرجم لتأكد من صدقهم، فإذا امتنعوا ولو كان لمجرد الخوف والرهبة اعتبر ذلك بمثابة الرجوع منهم عن الشهادة فيسقط الحد عنه.

فأين مع كل هذا الاحتياط والتحرز فظاعة حد الزنى وقسوته؟؟

ومما تجب ملاحظته هنا أنه ليس معنى سقوط الحد بالشبهة أن تسقط العقوبة عنه حتى يكون ذلك مشجعاً لهؤلاء الزناة على الاسترسال في فعلتهم بل إنه يعاقب عقوبة أخرى أخف^(٣) من الحد على سبيل التعزير يختارها ولي الأمر، لأن الحدود نيتها حقان.

١ - حق المجتمع في أصل العقاب لينزجر الجاني عما يتضرر به الناس وهذا لا يسقط أصلاً.

٢ - حق الشرع في نوع العقاب المقدر، وهو الذي يسقط بالشبهة.

(١) الخراج ص ١٦٣.

(٢) الخراج ص ١٧٨.

(٣) أخف في المدد فقط، وإلا فإن الضرب في التعزير يكون أشد من الضرب في الحد. يقول أبو يوسف: «وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف، والتعزير أشد من ذلك كله». للرجع السابق ص ١٦٦، ص ١٦٧.

وأما حد السرقة فقد نظر إليه بعض الناس من زاوية أنه اعتداء على مال الغير، والمال أقل من النفس، فكيف تقطع اليد في المال مع ثقافته؟! وهو يتصورون مع ذلك جيشاً من اللصوص بات مقطوع الأيدي، فيعجزون عن العمل، فيصبحون عالة على الناس.

وهذه نظرة خاطئة، لأن المال جعله الله نعمة مفيدة للمجتمع كله، وأداة لإصلاحه، فعليه يتوقف قيام التجارة، وإحياء الصناعة، وتنمية الزراعة، ومنه تؤخذ الزكاة التي تسد بها حاجة المحتاجين وتجبي الضرائب التي ينفقها ولي الأمر في مصالح الأمة كلها.

وهذا يكشف لنا عن حكمة إضافته في القرآن إلى الله عز وجل مرة، وإلى الجماعة مرة أخرى، فالأولى تفيد أن الملك الحقيقي لله، والمالكون مستخلفون فيه للقيام عليه حفظاً وتنمية، ثم إنفاقاً في وجوهه المرسومة لهم، والثانية تدل على أن نفعه للجميع.

يقول الله تعالى ﴿آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾^(١) ويقول ﴿وَاتَوْهَمُ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^(٢)، ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣)، ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾^(٤).

ومن هنا يكون الاعتداء على الأموال اعتداء على المجتمع كله، وإشاعة لعدم الأمن فيه، فيستحق المعتدي جزاءً مؤلماً يلائم جريمته.

فالإدانة المعتدية التي أسرفت في الاعتداء على أموال الغير. أموال المجتمع، وولدت الرعب في نفوس المالكين، أسرفت في السرقة من غير حاجة تدعوها لذلك. يد أئمة، وعضو مريض أساء صاحبها الظن بالله تعالى، وترك الثقة بضمانه، وترك الاعتماد على قسمه، وتعهده برزقه ﴿وما من دابة في الأرض إلا

(١) الحديد - ٧.

(٢) النور - ٣٣.

(٣) البقرة - ١٨٨.

(٤) النساء - ٥.

على الله رزقها^(١)، ﴿نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا﴾^(٢).

إن يداً كهلته لا تستحق غير القطع .

ومن تتبع اجتهادات الفقهاء وجد صوراً عديدة من السرقة لا قطع فيها للأيدي لما اكتنفها من شبه، وإن وجبت على المعتدين عقوبة أخرى، فلو أقيم هذا الحد بشروطه لم يترك لنا جيشاً جراراً من مقطوعي الأيدي كما يقولون .

يقول أبو يوسف في خراجه^(٣) : «ولا يقطع أحد في سرقة من أبيه ولا من أمه ولا من ابنه ولا من أخيه ولا من أخته، ولا من زوجته، ولا من ذي رحم محرم منه، ولا تقطع المرأة في السرقة من مال زوجها، ولا السارق من الحمام ولا من الحانوت المفتوح للبيع المأذون فيه، ولا من الخان إذا دخله، ولا الشريك في سرقة من شريكه من متاع الشركة، ولا يقطع من سرق وديعة عنده أو عارية أو رهناً . . قال: والذي يدخل داراً أو حانوتاً ويجمع متاعاً ولم يخرج به فإنه لا يقطع، ولكن يرجع عقوبة ويحبس حتى يتوب، ومثله الذي يسرق الحيوان من مراعيها، والثمار قبل جمعها في حرزها»، ثم روى حديث رسول الله ﷺ «لا قطع في ثمر ولا كثر الكثر طلع النخل . . ثم قال: «ولا سرقة في طعام يؤكل، ولا في فاكهة رطبة ولا في الحطب ولا في الخشب ولا في الحجارة كلها» .

وهكذا نجد أبواب الشبهات التي يدرأ بها هذا الحد متعددة، فشبها تأتي من جانب المسروق منه، وأخرى تنبعث من مكان السرقة، وثالثة تخرج من نوع المال الذي وقعت السرقة عليه، وقد يكون للوقت الذي حدثت فيه دخل في إسقاط الحد كما حدث في عهد عمر، فإنه نهى عن القطع في عام المجاعة .

ثم إن الشارع لم يكن حريصاً على إقامة هذا الحد لاعتباره الشبهة مرة، وندبة إلى السترمة أخرى .

بل إن رسول الله ﷺ كان ينفي التهمة عمن ادعى عليه .

(١) هود - ٦ .

(٢) الزخرف - ٣٢ .

(٣) ص ١٧٠ وما بعدها .

فقد روي أنه أتى برجل، فقبل هذا سرق شملة، فقال عليه الصلاة والسلام
«ما أخاله سارقاً»، وفي رواية «ما أخاله سرق، أسرقت؟».

وكذلك أصحابه من بعده كانوا يفعلون مثل ذلك، فقد روي أن أبا هريرة أتى
بسارق، وهو يومئذ أمير فقال: «أسرقت؟ قل لا، أسرقت؟ قل لا»^(١).

كما روي أن علياً كرم الله وجهه أتى برجل فشهد عليه رجلان أنه سرق فأخذ
في شيء من أمور الناس، ثم هدد شهود الزور، فقال: لا أوتي بشاهد زور إلا
فعلت به كذا وكذا، ثم طلب الشاهدين فلم يجدهما، فخلى سبيل الرجل^(٢).

وفوق ذلك كان الرسول يحب الصفح والعفو من المجني عليهم، ويبح
الشفاعة للجاني قبل أن يصل الأمر إليه، بل أكثر من هذا أنه كان يتألم حتى يظهر
الآلم على وجهه حينما يقضي بقطع يد سارق.

فقد روى ابن مسعود: أن أول حد أقيم في الإسلام لسارق أتى به النبي ﷺ،
فلما قامت عليه البينة قال: «انطلقوا به فاقطعوه»، فنظر الناس إلى وجه رسول الله
كانما سقى - والله - عليه الرماد، فقالوا: يا رسول الله لكأن هذا اشتد عليك، فقال:
وكيف لا يشتد علي وأنتم أعوان الشيطان على أخيك؟، قالوا: فهلا خليت سبيله يا
رسول الله؟ قال: أفلا كان هذا قبل أن تأتوني به، فإن الإمام إذا بلغه حد فليس له
أن يعطله^(٣)، ثم قرأ «وليعفوا وليصْفَحُوا» . الآية.

وروى ابن عمر قال: كان رسول الله ﷺ يقول: «تعافوا الحدود فيما بينكم
فما بلغني من حد فقد وجب».

وقد شفع علي والزبير في سارق قبل أن يذهب به إلى الإمام.
على أن شدة العقاب لا تمنع من تقريره، لأن المقصود من شريعته الزجر،
ومجرد تقريره وإقامته مرة أو مرتين وإعلان ذلك للناس كاف في تحقيق الغرض

(١) جاء في الرواية «وقول لا» بواو بعد القاف، وقالوا في توجيهها إن الواو تولدت من إشباع الضمة، وإلا
فالتصحيح فيها «وقل لا» .

(٢) الخراج ص ١٧٩ .

(٣) كشف الغمة ج ٢ ص ١٣٨ .

منه فإن مقطوع اليد إذا سار وسط الناس حمل معه الإنذار المخوف لكل من تحدّثه نفسه بالاعتداء على أموال الغير .

وفي هذا يقول أبو يوسف^(١) مخاطباً الرشيد: «ولو أمرت بإقامة الحدود لقل أهل الحبس، ولخاف الفساق وأهل الدعارة، ولتناهوا عما هم فيه»، ثم يختتم مقالته بقوله: «إن الأجر في إقامة الحدود عظيم والإصلاح فيه لأهل الأرض كثير».

وأقر مثال لذلك ما حدث في المملكة العربية السعودية عندما قررت قطع يد السارق، ونفذته مرات معدودة، فقد عم الأمن ربوعها، وبات كل واحد وهو قري العين، مطمئن النفس على أمواله، وصار التاجر يترك متجره مفتوحاً من غير حارس، ويذهب لأداء الصلاة أو لقضاء مصالحه، ثم يعود إليه فيجده كما تركه لم يمسه أحد، بل أكثر من هذا. إن من يفتقد شيئاً في طريقه ويذهب إلى مقر الشرطة يجده هناك في أغلب الأحوال.

وهنا تتجلى لنا حكمة الإسلام في تشريعه، ويظهر لنا سر التعبير بالنكال في قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم﴾^(٢).

فالنكال هو العقوبة الرادعة التي تردع المعاقب، وتحذر غيره من صنع مثل ما صنع، يقال: نكل به تنكيلاً إذا صنع به صنيعاً يحذر غيره^(٣).

كما يكشف لنا سر ختم هذه الآية بقوله ﴿والله عزيز حكيم﴾ فإن معناه عزيز في انتقامه من السارق وغيره من أهل المعصية. حكيم في فرائضه وحدوده.

روى أن بعض الأعراب سمع قارئاً يقرأ آية ﴿والسارق والسارقة﴾ وختمها

(١) الخراج ص ١٥١.

(٢) المائدة - ٣٨.

(٣) وأصله من النكل بالكسر وهو القيد الشديد ويقال للجام الثقيل أيضاً، وسبب ذلك لكونها مانعين، والجمع أنكال، ومنه قوله تعالى ﴿إن لنا أنكالاً وطعاساً ذا غصة وعداباً ألياً﴾ المزمل - ١٢، ١٣. . وسُميت العقوبة نكالاً، لأنها تحذر غير من نزلت به ارتكاب موجهها. راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ١٠٧، ج ٢ ص ٥٦، والبحر المحيط ج ١ ص ٣٤٦، ج ٣ ص ٤٨٤، وتفسير القرطبي ج ١ ص ٣٧٧، ج ٦ ص ١٧٤، وصفوة البيان لمعاني القرآن ج ١ ص ٣٢، ص ١٩٢.

بقوله ﴿والله غفور رحيم﴾، فقال ما هذا كلام فصيح، فقيل له: ليست التلاوة كذلك، وإنما هي ﴿والله عزيز حكيم﴾ فقال: يخ يخ عز فحكمم فقطع.

هذا هو موقف الإسلام من إقامة الحدود. احتياط بالغ في طريقة إثباتها، ثم إسقاطها بالشبهات، بل تلقين الرجوع لمن أقر بها، ومنه نعرف مدى حرصه على بني آدم الذين كرمهم الله، وفضلهم على من سواهم، وخلق لهم ما في الأرض جميعاً.

فلو أن حكام المسلمين أعلنوا في الناس عزمهم على إقامة حدود الله على كل خارج على المجتمع مستبيحاً من دماء وأعراض وأموال، ثم سلكوا في إقامتها الطريقة التي سلكها رسول الله ﷺ، وتبعه عليها أصحابه لانسجر المجرمون، وقلت الجرائم حتى لم يبق مجال لإقامة تلك الحدود إلا في أصبغ نطق.

إن المسألة تحتاج إلى حذر بالغ من زوئي الأمر، وليست بالسهولة التي يتصورها الناس.

وفي ختام هذا البحث أضع أمام القارئ مقالة فقيه من فقهاء الإسلام الأوائل، وقاضي قضاته إبان ازدهار الدولة الإسلامية. رسم فيها لخليفة المسلمين حينذاك الطريقة السليمة لإقامة الحدود، وكشف له عن انحراف ولاته وأعوانه في ذلك.

يقول أبو يوسف في خواجه^(١) - بعد أن أبان أحكام الحدود وطرق إثباتها -
وتقدم يا أمير المؤمنين إلى ولاتك لا يأخذون الناس بالتهمة يجيء الرجل إلى الرجل «أي الوالي» فيقول: هذا اتهمني في سرقة سرقت منه، فيأخذونه بذلك وغيره، وهذا مما لا يحل العمل به، ولا ينبغي أن تقبل دعوى رجل على رجل في قتل ولا سرقة، ولا يقام عليه حد إلا ببينة عادلة، أو بإقرار من غير تهديد من الوالي له أو وعيد على ما ذكرته لك، ولا يحل ولا يسع أن يحبس رجل بتهمة رجل له، كان رسول الله ﷺ لا يأخذ الناس بالقرء^(٢)، ولكن ينبغي أن يجمع بين المدعى والمدعى عليه، فإن كانت له بيعة على ما ادعى حكم بها، وإلا أخذ من المدعى

(١) ص ١٧٥.

(٢) القرء: التهمة، والجمع القراف.

عليه كفيل وخلقى عنه^(١)، فإن أوضح المدعي عليه بعد ذلك شيئاً، وإلا لم يتعرض له، وكذلك كل من كان في الحبس من المتهمين فليفعل ذلك به وبخصمه، فقد كان يبلغ من توقي أصحاب رسول الله الحدود في غير مواضعها، وما كانوا يرون من الفضل في درتها بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً: أسرت؟ قل لا.

وروي أن النبي ﷺ أتى برجل ففيل هذا سرق شملة، فقال عليه الصلاة والسلام «أخاله سارقاً».

وفي موضع آخر^(٢) يقول: إذا رأى الإمام أو حاكمه رجلاً قد سرق أو شرب خمرًا أو زنى فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك حتى يقوم به عنده بيعة، وهذا استحسان لما بلغنا في ذلك من الأثر، فأما القياس فإنه يمضي ذلك عليه، ولكن بلغنا نحو من ذلك عن أبي بكر وعمر.

بخلاف حقوق الناس فإنه يلزمه الحكم بها إذا سمعه بذلك . وهنا أقول للمرجفين الذين يهرفون بما لا يعرفون، فيرمون شريعة الله بالقسوة في تحديد عقوبات بعض الجرائم، ومن ثم يزعمون بأن إقامة هذه الحدود لا يتلاءم مع هذا العصر - عصر المدنية - الزائفة - والتقدم - المزعوم -، وفاتهم أن تشريع هذه الحدود قصد به أولاً منع الجريمة قبل حدوثها، فإذا وقعت كان هذا الاحتياط البالغ في إقامتها، وتلقين مرتكبها الإنكار لعدم حرص الشارع على إقامتها ما دام هناك شبهة تدربها، ولو كان حريصاً على إقامتها لكان للحاكم أن يقيمها على من رآه يفعل ما يوجبها، ولكنه منع من ذلك حتى يقوم به عنده بيعة، وهذا ما أثار عن الشيخين رضي الله عنهما من أعلم الناس بشريعة الله بعد رسول الله صلوات الله وسلامه عليه، وصدق الله العظيم في وصفه بقوله ﴿لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم﴾^(٣).

(١) أليس هذا هو الضمان الشخصي الذي تأخذ به القوانين الحديثة؟

(٢) الخراج ص ١٠٨.

(٣) التوبة - ١٢٨.

المطلب الثالث

في فقه المذاهب المدون ومدى تطبيقه على ما جد من معاملات

إن الفقه الإسلامي لم يقف يوماً أمام ما يستجد من الحوادث، ففي عصور الاجتهاد الأولى كان الاجتهاد يغطي كل أحكام الحوادث، بل في عصر الأئمة تجاوز ذلك إلى فرض الوقائع واستنباط أحكام لها، فقد كان في سباق مع الزمن فسبقه، وهو آية من آيات عمومته وملاءمته، وكان للعرف واختلاف الأمكنة والأزمنة أثر كبير فيما يستنبط من الأحكام، ولم يقف هذا الفقه أمام تجدد الحوادث حتى في عصور التقليد ما دامت الدولة تعتمد عليه في تشريعاتها، فكان الفقهاء من كل مذهب يخرجون أحكام الحوادث على قواعد أئمتهم - وإن لم يخل عصر من العصور من وجود مجتهد اجتهداً مطلقاً أو أكثر.

ولو قدر لهذا الفقه بقاء العمل به فيما مضى من عصور لسيطر على كل ما يجد، ولما وقف في الطريق، ولكننا الآن في غنى عن البحث من جديد عن أحكام تلك الحوادث، ولكن المؤسف أن القوانين الوضعية زاحمته في العمل والتطبيق حتى نحى عن مكانته، وحصر العمل به في دائرة ضيقة هي ما يتعلق بالأسرة، أو ما يسمى بالأحوال الشخصية، بل إن هذه لم تسلم هي الأخرى عند تعديلها من الخروج في بعض أحكامها عما هو مقرر في الشريعة ونسبت خطأ إلى بعض المذاهب.

ومن المعلوم أن أحكام تلك القوانين فيها ما يوافق الفقه الإسلامي جاء بطريق الصدفة بدون قصد، أو بقصد نتيجة التعديل المستمر.

والآن نطرح التساؤل الآتي؟ ما الطريق إلى الحكم فيما جد من معاملات مالية في غيبة الفقه الإسلامي عن التطبيق ولم يعرض له الفقهاء القدامى في موسوعاتهم؟؟ هل نبحت عن حكمها في تلك الموسوعات الفقهية العديدة بتعدد

المذاهب علنا نجد لها شبيهاً تلحقه بها. بطريق القياس، أو تنلمس لها المعوقات في كلام الفقهاء الذين عاشوا في عصور غير عصرنا؟ هذا ما فعله بعض الفقهاء المعاصرين حين تكلموا عليها، فقد افرقوا فيها إلى فريقين، فريق يمتنعها لما فيها من أمور كان الفقهاء القدامى يمتنعون المعاملات بسببها كالغرر والجهالة وغيرهما، وفريق آخر يبيحها كما هي مستدين إلى وجود ما يشبهها فيلحقونها بها بطريق القياس، أو يحاولون إخضاعها لقاعدة من القواعد الفقهية أو الأصولية.

نحن نرى أن كلا الفريقين حاد عن الطريق المستقيم، لأن هذه المعاملات ولدت في ظل القوانين الوضعية، ونمت على أرض غير إسلامية، ثم نقلت إلينا بوضعها، فهي أشبه بعبادات غير إسلامية اختلطت فيها المنافع بالمضار، قصد بها تحقيق المنافع لأصحابها الذين اخترعوها على حساب غيرهم ولما أدخلوها في البلدان الإسلامية روجوا لها بفتاوى تصيدوها من هنا وهناك صيغت أسئلتها بطريقة خاصة تخفي حقيقة أمرها ليجيء الجواب حسبما يريدون وحرصوا على نشر هذه الفتاوى وإذاعتها من وقت لآخر. فالرجوع بها إلى ما كتبه الفقهاء في عصورهم لتلمس حكمها عندهم خروج عن الجادة، وتحكيم لأقوال الفقهاء فيما لم يعرضوا له في أزمته، ووقوف بشريعة الله عند أقوالهم، وحكم عليها بالمعقم مع أن الله سبحانه أنزلها ولوداً لا تصاب بالمعقم أبداً ما بقيت الدنيا، فكل واقعة تحدث فيها لها في شريعة الله حكم كلف الفقهاء بالبحث عنه.

وليس معنى هذا أنني أطلب بتنحية كتب الفقه عن مكانها وعدم الاعتماد عليها، لأنها في نظري ونظر كل منصف هي الحكم فيما عرضوا له من وقائع، ولا تخرج عنها بل تتخير ما يلائم العصر الذي نعيش فيه.

وإنما قصدت أننا لا نحملها ما تحمل ولا نبحث فيها عما لم تعرض له من وقائع جديدة.

والطريق السليم الذي نسلكه في مثل هذه المعاملات الجديدة أن يعاد النظر فيها من جديد بطريق الاجتهاد - التي أشرت إليه فيما سبق - لنخلصها مما شابهها من مضار، ونجري عليها عملية تعديل لتتفق مع الطريقة التي سار عليها التشريع الإسلامي في عصوره الأولى، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة. فقد أقر بعض

عادات الجاهلية لغلبة منافعها، وعدل البعض الذي كثر ضرره. نفعل ذلك كي نلتقي مع المقصد الأصلي للشارع من تحقيق المصالح للمجتمع، ودفع المضار عنه دون النظر إلى مصلحة فرد أو جماعة على حساب غيرهم.

ولقد رسم لنا رسول الله ﷺ الطريق السليم في واقعة حدثت بعد تحريم الربا فيما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله استعمل رجلاً على خير فجاءهم بتمر جنب فقال له أكل تمر خير هكذا؟ قال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل. بع الجميع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنبياً، وقال في الميزان مثل ذلك^(١) فهذا الحديث يرشد إلى مبدأ هام، وهو أن شريعة الله لا تقف حاجزاً بين الناس وبين ما هو أنفع لهم، ولكن بطريق سليم لا يخالف ما هو مقرر فيها.

فما فعله العامل ربا فأرشد الرسول ﷺ إلى طريقة أخرى سليمة تحقق الغرض المقصود.

أفلا نتخذ من هذا الحديث قاعدة نطبقها في كل ما وفد علينا من معاملات ربوية فنعدل فيها لندخلها في ساحة شريعة الله، وهذا خير من رفضها كما يفعل المتزمتون الذين يرفضون كل جديد، أو محاولة قبولها كما هي بشئ الحيل، كما فعل الذين وصفوا أنفسهم بالمجددين التقدميين!!

فإذا أمكننا التعديل انتهت المسألة، وإن عجزنا عن التعديل بحثنا عن البديل، فإن لم نجد سلكنا طريقاً آخرًا، وهو البحث في مدى حاجة الناس إلى تلك المعاملة، فإذا كانت ضرورية أو كانت حاجة الناس إليها ملحة. أدخلناها في باب الاستثناء بقدر ما يدفع هذه الضرورة أو تلك الحاجة، ولا نتوسع في ذلك، فإن الضرورات تقدر بقدرها. ﴿فمن اضطر غير باع ولا عاد فإن ربك غفور رحيم﴾^(٢) ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾^(٣) ﴿فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾^(٤).

(١) وقد قلنا هذا الحديث برواياته والكتب التي ذكر فيها.

(٤) البقرة- ١٧٣.

(٣) المائدة- ٣

(٢) الأنعام- ١٤٥.

ومن طريق آخر نقول: إن مثل هذه المعاملات الجديدة لا تكون شرعية إلا إذا استندت إلى دليل شرعي، فإذا لم تستند إلى دليل صحيح لا تكون شرعية، لأن الشريعة نزلت لتحكم أفعال العباد وتخضعها لأحكام الله، لا لأنها تخضع لواقع الناس أياً كان نوعه، لأن كتاب الله ينفي ذلك صراحة في أكثر من آية. منها قوله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا إِنَّمَا يَرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنْ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ. أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْماً لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾^(١).

وقوله جل شأنه ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فِيهِمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مَعْرُضُونَ﴾^(٢). وأدلة الأحكام كما رتب في أصول الفقه. هي كتاب الله، وسنة رسول الله، والإجماع الصحيح، والقياس، والعرف الصحيح، والمصلحة المرسلة، ثم دليلاً الاستثناء، والاستحسان، وسد الذرائع.

ولو طبقنا ذلك على تلك المعاملات فلا نجد لها سنداً من كتاب الله ولا سنة رسوله، وليس فيها إجماع، بل ولا قياس صحيح لعدم وجوده، لأنه يراد به إلحاقها بما يشابهها مما نص عليه أو أجمع عليه، ولا يراد به هنا ما وجد في كلام الفقهاء مما خرجوه على قواعد أئمتهم، فلم يبق إلا العرف الصحيح أو المصلحة، وهذه المعاملات لا تدخل تحت العرف الصحيح، لأنها أولاً لم تعم حتى يقال إنها متعارف عليها، وعلى فرض وجوده فهو عرف فاسد، فلا بد فيه من التعديل في شروطها فيلغى منها ما يفسدها، كما صنع رسول الله في بعض أعراف الجاهلية. أو نزلها بميزان المصلحة المعتبرة عند كثير من الفقهاء، فننظر للآثار المترتبة عليها وفيها المنافع والمضار، ونوازن بينهما، فإن أغلب نفعهما أقرت، وإن كان العكس الغيت وتصبح مصلحة مغلقة، وإذا وصلت إلى هذا الحد تكون ممنوعة، وهي لا تنبأ إلا إذا كانت ضرورة أو كانت حاجة الناس إليها ملحة بحيث لو منعت وقعوا في حرج بين. هذا هو الطريق الصحيح لمعرفة أحكام تلك المعاملات الجديدة. والله أعلم.

(١) المائة - ٤٩، ٥٠.

(٢) المؤمنون - ٧١.

كلمة ختامية

بقيت لنا كلمة مع بعض فقهاء القانون الذين صدرت عنهم مقالات نقلتها الإذاعة والصحف والمجلات. بعدما أدخل على الدستور المصري التعديل الذي ينص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي لكل القوانين.

جاءت أحياناً رداً على سؤال يقول: هل يجوز للمشرع أن يلجأ إلى القوانين الحالية إذا لم يجد الحكم في الشريعة الإسلامية، وكان الجواب. نعم يجوز ذلك.

أو يقول: هل هذا النص يمنع المشرع من الرجوع إلى غير الشريعة الإسلامية، وكان الجواب: هذا النص لا يمنع، لأنه جعل الشريعة المصدر الرئيسي، فلا مانع من أن يكون للتشريع مصادر أخرى. وإن المرء ليعجب غاية العجب من صدور هذا الكلام من أمثالهم؟!

فإن كانوا يظنون أن كلمة المصدر الرئيسي لا تفيد الحصر، وأن وراءه مصادر أخرى فهم واهمون، لأن هذه الكلمة مفرد معرف بال وهي من صيغ العموم يعني أنها تفيد أن الشريعة هي كل المصادر فهي الأول والأخير وليس وراءها مصدر آخر يكمل نقصها.

وإن كانوا يتخيلون أن شريعة الله تتمثل في مذهب من المذاهب الفقهية المدونة أو حتى في المذاهب كلها بحيث إذا لم نجد الحكم فيها نبحث عن مصادر أخرى. فهذا غير صحيح قطعاً، لأن شريعة الله لم تنحصر في المدون في تلك المذاهب.

ونحن نقول لهؤلاء: إن شريعة الله نزلت كاملة وافية مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَاناً لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ النحل - ٨٩.

وأخبر سبحانه بأنه أكملها ورضيها لنا ديناً في قوله: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾ المائدة - ٣ .

ولما كان الوحي الذي أنزله الله لم يفصل أحكام كل الوقائع التي تحدث وتحدث إلى يوم القيامة شرع الاجتهاد لاستنباط أحكامه بعد أن قام عليها أدلة ترشدنا إليها، صرح القرآن والسنة ببعضها، وأشار كل منهما إلى بعضها الآخر، فقوله جل شأنه: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله والرسول ذلك خير وأحسن تأويلاً﴾ النساء - ٥٩ . فهذه الآية صرحت بأربعة من المصادر مرتبة . وهي القرآن في قوله أطيعوا الله ، والسنة في قوله وأطيعوا الرسول ، والإجماع في قوله: ﴿وأولي الأمر منكم﴾ والقياس في قوله ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ يريد سبحانه بأننا نحتكم في المختلف فيه إلى كتاب الله وسنة رسوله لناخذ بما يشبه القرآن والسنة وجاء في حديث معاذ لما أرسله الرسول ﷺ إلى اليمن وقال له: بم تقضي قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد قال سنة رسول الله ، قال فإن لم تجد قال أجتهد رأيي ولا ألو . فأمره رسول الله وحمد الله على توفيقه فهذا الحديث مصرح بالقرآن والسنة ، والاجتهاد المتناول للقياس ، ولم يذكر الإجماع لأنه لم يكن وجد بعد وفي حديث علي كرم الله وجهه قال: يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة ، قال: اجتمعوا له العالمين ولا تقضوا فيه برأي واحد . فهذا صريح في العمل بالإجماع بعد القرآن والسنة .

واستعمال رسول الله ﷺ للتنظير في بعض أجوبته صريح في اعتبار القياس دليلاً شرعياً كذا تعليقات القرآن والسنة لبعض الأحكام واضحة في اعتبار القياس ، واعتبار المصلحة المترتبة على بعض الأفعال إشارة إلى الاستدلال بالمصلحة ، وهي موازنة ما يترتب على الفعل من منافع ومضار واتباع الحكم لأغلبها إباحة أو منعاً . وإقرار الرسول ﷺ لبعض أعراف الجاهلية وإلغاء بعضها وتعديل بعضها . دليل اعتبار العرف هذه الأدلة قد أوفاهما علماء الأصول بحثاً .

فأمام المجتهد أدلة يرجع إليها وهي وافية باستنباط أحكام كل ما يجد من الحوادث دون اللجوء إلى غيرها وطريقة التقنين الجديد أن نبحت في قصة المذاهب

المدونة، وهي حصيلة اجتهادات المجتهدين وتخريجات على أصول أصحاب المذهب. لتتخير فيها الحكم الملائم المحقق لمصلحة المجتمع، فإن لم نجد فيها نلجأ إلى الاجتهاد الجماعي الذي أشرنا إليه من قبل، ولا مانع يمنع منه بعدما أبطلنا دعوى إغلاق باب الاجتهاد في تلك المصادر بهذا الترتيب القرآن، ثم السنة الصحيحة، ثم الإجماع إن وجد، ثم القياس إن وجد الشبيه، ثم العرف الصحيح، فإن لم نجد سلكتنا طريق الاستدلال بالمصلحة. وهي الموازنة بين نتائج الفعل لنرى أرجحها ونجعل الحكم تابعاً له.

فهذه المصادر العديدة بهذا الترتيب لا يحتاج الباحث في إطارها إلى مصادر أخرى تكمل نقصها من قوانين استمدت أحكامها المدونة من أعراف الناس وعاداتهم، وصرح أصحابها بأن على القاضي أن يحكم بها متى وجد الواقعة المعروضة عليه فيها، فإن لم يجد الحكم فيها رجع إلى العرف إن وجد، فإن لم يجد عرفاً حكم بقواعد العدالة، أو القانون الطبيعي، يا للعجب أحتاج الكامل إلى الناقص، أم يحتاج مضبوط الأصول إلى مضطرب الأصول أو ما ليس له أصول، أم يحتاج الفقه الأصيل إلى فقه غريب مستورد، أم يحتاج ما شرعه الله العليم الخبير بالماضي والحاضر والمستقبل إلى ما شرعه الإنسان محدود العلم مع قصور عقله وعجزه عن إدراك ما يجيء به المستقبل وعدم ما يعصمه من الميل مع الهوى؟!؟

أيها الناس: قولوها صريحة: إننا لا نريد تطبيق شريعة الله وإن خالفنا الدستور، أو نعدل الدستور مرة أخرى. هداانا الله وإياكم إلى سلوك الطريق السوي المستقيم.

ونكتفي بهذا القدر. ونحمد الله سبحانه ونسأله المزيد من فضله.

﴿ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له من بعده وهو العزيز الحكيم﴾.

فهرس

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٥٢	في الكون	٣٢٠ - ١٧	تقديم الطبعة الجديدة
٥٢	دعوتهم إلى الإيمان بالرسول السابقين	القسم الأول.	
٥٣	ضرب الأمثال	١٩	التشريع والمجتمع
٥٤	الحض على التخلق بالأخلاق الفاضلة	٢٠	حاجة الناس إلى التشريع
٥٥	التشريع للدين	٢٢	سبق الشرائع السأوية في الوجود
٥٦	التشريعات العملية	٢٣	مدى الاختلاف في الشرائع السأوية
٥٦	التنظيم الداخلي والخارجي	٢٥	الكتب السأوية يصدق بعضها بعضاً
٥٨	موقف الإسلام بما تعوده العرب	٢٧	الشريعة والدين والفقه والفرق بينها
٥٨	والسبب في إقراره بعض ذلك	٢٩	توحيف الشريعة وبيان أقسامها
٥٨	ليس ذلك استمداداً لبعض أحكامه	٣٠	تعريف الدين والفرق بينه وبين
٥٨	من غيره	الشريعة	
٥٩	دفع بعض التشبه التي تثار ضد الإسلام	٣١	تعريف الفقه
٦٠	الإسلام والمرأة	٣٢	تدرج إطلاقاته
٦٥	الإسلام وتعتمد الزوجات	تقسيمه إلى عبادات وعادات	
٧٠	نظام الرق في الإسلام	٣٣	والفرق بينها
٧٤	طريقة التشريع في هذا الدور	شمول قسم المادات لكل فروع القانون	
	ميره مع الواقع وتدرجه	٣٨	نشأة الشريعة الإسلامية
	وحسكة ذلك التدرج	٣٨	حالة العرب قبل الإسلام
	أسلوب النصوص القرآنية في تشريع	٣٩	بداوة الأمة العربية وأميتها
٨١	الأحكام	علوم العرب وموقف الإسلام منها « بعض	
٨٥	أصل التشريع الإسلامي	العادات السائدة عندهم التي أبطلها	
»	أولا . التفسير وعدم الحرج	الإسلام	
٨٧	مظهر التفسير في التشريع	٤٠	أدوار الفقه الإسلامي
٨٩	ثانياً تحقيق مصالح الناس جميعاً	٤٩ - ١٦١	
	مظهر هذا الأصل	الدور الأول - دور التأسيس	
	النسخ في عهد الرسالة	عصر النبوة بين مكة والمدينة	
٩٠	لمنعة النسخ	الوحي في مكة	
٩٣	تتميل أحكامه	عبارة التقليد والتشريع والوحي والحض على النظر	
٩٤	تنوع أسأويه		
٩٤	ثالثاً : تحقيقه للمعدل بين الناس		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
مصادر الفقه في هذه المرحلة	١٣٥	مصادر التشريع في هذا الدور	٩٨
الدور الثالث دور التقليد	١٣٦	اجتهاد الرسول	٩٩
أسباب التقليد	١٣٦	إذنه لأصحابه في الاجتهاد	١٠٠
عمل الفقهاء في أول هذا الدور	١٣٩	سكة الإذن في الاجتهاد مع نزول الوحي	١٠١
الفقهاء المتأخرون وعملهم	١٤٠	للملاحظات	١٠٣
التأليف وطريقته وتطوره	»	الدور الثاني . دور البناء والكمال	١٠٥
كتب الفتاوى وما أفاده الفقهاء منها	١٤٢	طابع هذا الدور ومراحله	»
مراتب الفقهاء	١٤٤	المرحلة الأولى . عصر الخلفاء الراشدين	١٠٧
تدوين الفقه الإسلامي	١٤٧	طريقتهم في الفتياء والقضاء	»
موقف الأئمة من التدوين	١٥١	استعمالهم للرأي	١٥٩
مراحل التدوين	١٥٢	أنواع الرأي عند	»
الدور الأخير . دور النهضة الحالية	١٥٤	احترامهم لأراء بعض	١١٢
تغير التدريس . والتأليف والقضاء	١٥٦	أمثلة من إلتزامهم بالرأي	١١٣
الفقه الإسلامي والتقنين	١٥٧	اختلافهم في الاجتهاد وأسبابه	١١٤
بدء تقنينه والقوانين التي صدرت منه	»	عدم تشعب الخلاف وأسبابه	١١٧
إلى الآن .	١٥٩	واقعية الفقه وعدم تدوينه	١١٩
المذاهب الفقهية	١٦٢ - ٢١٩	تفاوتهم في استعمال الرأي	١٢٠
نشأة المذاهب	١٦٢	المرحلة الثانية . عصر الأمويين	١٢١
الخوارج وفقهم . الإباضية	١٦٣	الأحداث الجديدة التي تأثر بها الفقه	»
مذاهب الشيعة	١٦٤	انقسام الأمة إلى خوارج وشيعة	»
لزيدي	١٦٥	وجهور وسط	١٢٢
الامامية الاثنا عشرية	١٦٦	انصراف الخلفاء إلى السياسة	١٢٢
الاسماعيلية	١٦٨	تفرق العلماء في الأمصار	١٢٦
مذاهب أهل السنة	١٧٠	ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل	»
لمذهب الحنفي	١٧١	الرأي . والفرق بين المدرستين	١٢٧
الأمام أبو حنيفة - حياته وطريقته	»	المرحلة الثالثة . عصر قوة الدولة العباسية	١٢٨
في الاجتهاد	١٧٢	أزدهار الفقه وأسبابه	»
أصول مذهب	١٧٥	عناية الخلفاء - اتساع الدولة	١٢٩
تلاميذه - أشهرهم	١٧٦	الجدل والمناظرات -	»
زفر بن المزبل	١٧٦	وجهة العلوم الأجنبية -	١٣٢
أبو يوسف . قولته القضاء	١٧٧	للتدوين	١٣٣
آثره في للمذهب الحنفي	١٨٠	الفقه التقديري	١٣٤

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٢٩	حجية ودلائله على الأحكام	١٨١	محمد بن الحسن
	كيف وصل إلينا القرآن	١٨٣	تدوين النصب . ومسانده
٢٣٠	صحيح المصنف	١٨٤	للنصب المالكي
٢٣١	مصنف عثمان الموحّد	»	الإمام مالك . حياته
٢٣٤	خط المصنف العشاني	١٨٧	أصول مذهبه
٢٣٥	نقط المصنف وشكله	١٨٧	أشهر تلاميذه من المصريين وغيرهم
٢٣٨	السنة . تعريفها	١٩٠	موازنة بين المذهبين الحنفي والمالكي
٢٣٩	مؤلفها بالنسبة للقرآن	١٩٢	المذهب الشافعي
»	أقسامها		الامام الشافعي . نشأته وحياته
٢٤٠	تدوينها	١٩٣	فقه الشافعي
٢٤٥	حجيتها والاختلاف فيها	١٩٥	أصوله وطريقته في الاجتهاد
٢٤٧	المصادر للتبعية	١٩٦	خالفته للمذهبين الحنفي والمالكي
	الاجماع	١٩٧	آثاره العلمية
٢٤٧	تعريفه . إمكان تحقّقه	١٩٨	تلاميذه
٢٤٨	أرواحه . صريح وسكوتي	٢٠٠	المذهب الحنظلي . مؤسسة
٢٤٩	حجتيته وأمثله	»	فقه الإمام أحمد
٢٥١	القياس	٢٠١	معتنه
	تعريفه، أركانه، مرتبته بين	٢٠٢	أصول مذهبه
	الأئمة، أمثله	٢٠٣	تدوين للمذهب وتلاميذه
٢٥١	الاستصلاح أو للمصالح المرسلة	٢٠٥	مذهب الليث بن سعد
٢٥٤	معنى الصلصة . أرواحها . المتفق عليه منها	٢٠٥	مذهب الأوزاعي
	والمتخلف فيه . أمثله موقف الأئمة منها	٢٠٦	المذهب الطاهري
٢٥٦	وشروط اعتبارها	٢٠٧	موقف الأئمة من التقليد
٢٥٧	الاستحسان	٢٠٩	أسباب اختلاف الأئمة
	آراء الأئمة فيه . حقيقتها،		شبهة أثبتت حول تعدد الآراء في الفقه
٢٥٩	أمثله . الفرق بينه وبين المصالح المرسلة	٢١١	الاسلامي ودفعها
٢٦٠	المعرف		اعتراف الفقهاء الغربيين بزياد اختلاف
	ممنه . الفرق بينه وبين المادة أرواحه .	٢١٥	المذاهب وفائدته
	القول والفقلي . العام والخاص . الصحيح		تنبيه في بيان أن اختلاف الأئمة ليس
٢٦٢	والفاسد		اختلافاً في الأصول ولكنه اختلاف
٢٦٣	شروع اعتبار المرف	٢١٦	في التطبيق
٢٦٥	المعرف والتخصيص	٢٢٠	مصادر لفقه الاسلامي
	تغير الأحكام الاجتهادية تبعاً		تقسيمها إلى مصادر ثقلية
٢٦٧	لتغير المرف	٢٢٢	وأخرى عقلية
	موازنة بين الفقه الإسلامي	»	تقسيمها إلى أصلية وتبعية
٢٧٠	والقوانين الوضعية	٢٢٣	المصادر الأصلية . القرآن
٢٧٠	من جهة التشاء	٢٢٢	زوجه منجماً وحكته
٢٧٣	من جهة الغاية	٢٢٥	إحصاء للقرآن
٢٧٤	اختلاف المصدر فيهما	٢٢٧	أسلوبه في بيان الأحكام

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
تمهيد في تاريخ تفهيد القواعد في الفقه الاسلامي.	٢٧٩	نتائج اختلاف المصدر تظهر في أمور منها	٢٧٩
ومض الكتب المؤلفة في ذلك	٣٢٣	اختلاف الجزاء	٢٨١
نظرية المالكية	٣٢٩ - ٤٠٨	التأثير بمنصري الدين والأخلاق	٢٨٤
تمهيد في تعريف المال، وبيان أنواعه	٣٢٩	المضوض للتشريع والامثال له	٢٨٧
التعريف للمال	٣٣٠	بعض المبادئ، التي جاء بها الاسلام	٢٨٧
مالية المتعلق والمحقوق	٣٣١	مبدأ المقيدة للصحة	»
أنواع المال - تقسيماته	٣٣٢	مبدأ نفي الرواظة بين العباد وخالفهم	٢٨٨
المتقوم وغير المتقوم	»	مبدأ الاعتدال في كل شيء	٢٨٨
المقار والمقول	٣٣٥	مبدأ التماون	٢٨٩
لثلي والقيمي	٣٣٦	مبدأ المدالة والمساواة	»
التعريف بالملك	٣٣٨	مبدأ الشورى	٢٩٢
المال والتملك	٣٤٠	مبدأ الحرية، حرية المقيدة	»
أنواع الملك - تام وقص	٣٤١	حرية الرأي	٢٩٢
الملك الناقص وأنواعه	٣٤٢	حرية الهجرة	٢٩٣
ملك المدين وحدها	»	حرية المسكن وغيرها	»
أسبابه وخصائصه	٣٤٣	مبدأ التسامح	٢٩٤
ملك المفعة أو حق الانتفاع الشخصي	٣٤٣	مبدأ التضامن الاجتماعي	٢٩٥
وهل هما متعديان أو متقاربان	٣٤٣	الفقه الاسلامي ودعوى تائره بالفاتون	٢٩٥
أسباب هذا النوع من الملك	٣٤٤	الروماني، تصوير شبه الزاعمين وبيان زيفها	٢٩٨
خصائص هذا النوع	٣٤٨	ومخالفاتها للحقيقة	٢٩٨
الامور التي ينتهي بها	٣٥٠	الحيل وموقف الشريعة منها	٣٥٦
حق الانتفاع الميني، حق الارتفاق تعريفه	٣٥٢	معنى الحيلة، والرداد بها	٣٥٦
الفرق بينه وبين حق الانتفاع الشخصي	٣٥٣	حكمها في الشريعة	٣٥٧
خصائص هذا الملك	٣٥٤	أنواع الحيل	٣٥٩
الاسباب المثبتة لحقوق الارتفاق	٣٥٤	ما أحدثه الفقهاء المتأخرون من الحيل	٣٦٠
حق الشرب - تعريفه أقسام المياه بالنسبة	٣٥٥	مقن نشأت	٣٦١
لعق الشرب والشرب	٣٥٥	تطورها حتى وصلت الى وضعها الأخير	٣٦٢
حق الجوى أو الاجراء	٣٦٠	كلمة ختامية في بيان اتجاه الأنظار الى الفقه	٣٦٢
حق المسيل	٣٦١	الاسلامي، وعقد العمل عليه في تقنين جديد	٣٦٢
حق للورور	٣٦٢	يتم به الاستقلال والتحرير من آثار الاستعمار	٣٦٣
الطريق العام والمحقوق التي تثبت فيه	٣٦٢	الغربي البغيض	٣٦٣
الطريق الخاص	٣٦٣	إمكان هذا التقتين أو أراءه القائلون بالامر	٣٦٣
		القسم الثاني	٣٦٣ - ٣٦٤

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٤١٢	لتعريف بالمقد	٣٦٤	حقوق الجوار
٤١٣	الفرق بينه وبين التصرف والالتزام	٣٦٥	الجوار الرأسي « حق التملك »
٤١٥	المقد في عرف القانونيين	»	أحكامه
٤١٨	تكوين المقد وأنشائه	٣٦٨	الجوار الجانبي
٤١٩	أركان المقد معني الركن: الإيجاب والقبول	٣٦٨	ما يثبت للجوار: جاره وآراء الفقهاء في ذلك
٤٢٠	شروط الانتماء	٣٧٣	للملك التام - خصائصه - أسبابه
٤٢١	أهلية المتعاقدين - علم كل منهما بما صدر من	٣٧٦	تقسيمها إلى جبرية واختيارية
٤٢١	الأخر وقبول الحل لصك المقد - وضوح	٣٧٦	تقسيمها إلى مشتقة للملكية ونقلها لها
٤٢١	دلالة الصيغة	٣٧٧	تقسيمها إلى فعلية وقولية
٤٢١	موافقة القبول للإيجاب	»	وضع اليد على المال المملوك للغير وأثره في كل من
٤٢٢	اتصال القبول بالإيجاب	٣٧٩	الفقه الإسلامي والقانون الرضعي
٤٢٦	تفسير الاتصال المراد للفقهاء	٣٨١	الاستيلاء على المال البايح وأنواعه
٤٣٠	خيار المجلس بمناه وآراء الأئمة في شرعيته	»	إسباغ الأرض الموات
٤٣١	الإيجاب: أثره بمطلات الإيجاب	»	تعريف الأرض المسوات - شروط تملكها
٤٣١	الميلولة الواحدة وأثرها في إنشاء التصرف	٣٨٢	بالإيجاب
٤٣٣	« الالتزام والمقد »	٣٨٢	بم يكون الأحياء
٤٣٣	آراء الفقهاء في الرها في المقد ذي الطرفين	٣٨٤	التصغير وأثره
٤٤٠	صينة المقد وبم تتحقق	»	خلاف الفقهاء في اشتراط إذن ولي الأمر قبل
»	المباينة	٣٨٥	الأحياء للتملك
٤٤٤	الكتابة	٣٨٦	الاستيلاء على الركاك « للمدان والكتنوز »
٤٤٥	الإشارة	»	معنى هذه اللفاظ في اللغة وخلاف الفقهاء في
٤٤٧	التمتع بالانتماء	٣٨٧	استعمالها
٤٥١	للمقد بين نية المقد وإرادته الظاهرة	٣٨٨	للمدان والإحتيا والاختلاف فيها
٤٥٢	بم تتحقق الإرادة الباطنة الرضا والاختيار	٣٨٩	حق الدولة فيها والاختلاف في ذلك
٤٥٢	والاختلاف في إيجابها أو تلازمها	»	الكتنوز وأنواعه: الجاهلي والإسلامي - وحكم كل
٤٥٥	صور تخالف الإرادة أو اختلال إحداها	٣٩٠	منها
٤٥٦	أحكام هذه الصور	٣٩١	الصيد - مناه
٤٥٦	عبارة السكران وموقف الفقهاء منها	٣٩٥	الاستيلاء الحقيقي وما يثبت به
٤٥٧	عبارة المخطيء والتاسي والمافل	»	الاستيلاء الحكي - معناه وما يفيد من الملك
٤٥٩	عبارة الماثل والمستيزي، والمشتاين	٣٩٦	وشروط إقادة الملك
٤٦٢	عبارة المكروه	٣٩٧	الكلال والأجام والفرق بينهما
»	المسيرة التي قصد بها أمر محظور شرعا وآراء	»	تقسيم الملك إلى متميز وشائع - أحكام الملك
٤٦٤	لفقهاء فيها	٤٠١	الشائع
٤٦٦	بيع الصينة ودواج المائل	٤٠٣	بعض الحالات التي ينزع فيها الملك جبرا
٤٦٨	المذاهب في اختلاف الأراءتين	٤٠٣	مطلقة المدين في دفع ما عليه
٤٧٢	التشريع الوضعي في ذلك	»	امتناع المتحرر عن بيع أقطامه - نزع الملك
٤٧٥	الشروط المقررة بالصيغة وأثرها في العقد	٤٠٤	للشفعة العامة
٤٧٧	آراء الفقهاء في شرعيتها	٤٠٥	الشفعة كلمة إيجابية عنها
٤٧٨	ملعب الحنفية في الشروط	٤٠٥ - ٤٠٩	نظرية المقد

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٥٢٩	أنواع الوكالة	٤٧٨	الشرط الصحيح
	خاصة وعامة	٤٧٩	الشرط الفاسد وأثره في العقد
٥٣٠	مقدمة ومطلقة	٤٨٠	الشرط الباطل
٥٣٢	الوكالة بأجر وبغير أجر	٤٨٠	مذهب الحنابلة في الشرط
٥٣٣	علاقة الوكيل بالوكيل	٤٨٣	محل العقد وشروطه
٥٣٣	هل يملك الوكيل أن يوكل غيره ؟	٤٩٠	العقد
٥٣٤	تعدد الوكلاء	٤٩٠	الأهلية - تعريفها
	حكم العقد وحقوقه بين الموكل والوكيل	٤٩١	أهلية الوجوب ومناطها
٥٣٥	والوكيل	٤٩٢	أهلية الأداء ومناطها
٥٣٨	انتهاء الوكالة	٤٩٣	مراحل ثبوت الأهلية للإنسان
٥٤٠	الفضولي		مرحلة كونه جنينا
	تعريفه : مشروعية تصرفه	«	مرحلة الطفولة وعدم التمييز
٥٤٠	والخلاف فيها	٤٩٤	مرحلة التمييز وما يثبت فيها
٥٤١	ألفئسة مشروعيته	٤٩٤	تصرفات الصغير المميز
٥٤٢	أدلة المهورن	٤٩٦	مرحلة البلوغ والرشد
٥٤٥	أثر الإجازة في الفضولي	٤٩٧	معنى الرشد ووقت ثبوته
	شروط صحة الإجازة	٤٩٨	تحديد سن الرشد في القانون
٥٤٦	عقد الفضولي بالنسبة لطرفيه	٥٠١	عوارض الأهلية
٥٤٧	الفضولي في نظر القانون	٥٠٢	النوم والإغواء والجنون
٥٤٩	حكم العقد وتقسيماته	٥٠٣	المته
٥٥٠	التقسيم الأول باعتبار المشروعية وعدمها	٥٠٤	السكر وأثره في التصرفات
٥٥٢	العقد الصحيح	٥٠٥	السفه والمحجر على السفيه
٥٥٣	العقد الباطل ، العقد الفاسد	٥٠٧	الفقعة : الدين وأثره في التصرفات
	تقسيم العقد عند الجمهور إلى صحيح وغير صحيح	٥٠٨	المحجر بسبب الدين : ومتى يكون ؟
٥٥٥	صحيح وغير صحيح	٥١٠	مرض الموت
٥٥٦	أقسام العقد الصحيح	٥١١	تعريفه : الملاحظ في تحققه
«	الناقد ، للوقوف		تصرفات المريض : ما يلحقها المحجر
٥٥٧	أقسام العقد الناقض	٥١٣	منها وما لا يلحقها
٥٥٨	اللازم . وغير اللازم	٥١٦	الحقوق التي تتعلق بمال المريض
٥٦٠	التقسيم الثاني إلى صيانة وغير صيانة	٥١٨	الولاية
٥٦١	تعريفها : والفرق بينها	»	تعريفها وأواعيها
	موقف الفقه الإسلامي من العقود	٥٢٠	مبدأ ثبوت الولاية : وعن من تكون
٥٦٣	غير الصيانة	٥٢١	من تثبت له الولاية
٥٦٤	آراء الفقهاء فيها	٥٢٢	شروط الولاية
	التقسيم الثالث للعقد باعتبار	٥٢٣	الوكالة ، تعريفها
٥٦٦	آلها والأغراض التي تصد منها	٥٢٤	دليل شرعيتها وسكنة مشروعيته
	تقسم إلى مجموعات سبع	٥٢٥	أركانها
٥٧٠	التقسيم الرابع إلى عينية وغير عينية	٥٢٧	شروطها . شروط الموكل
			شروط الوكيل ، والموكل فيه

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٦٠٤	انتهاء الخيار		التقسيم الخامس باختيار اتصال آثار
١٠٦	خيار الميب		المقد به وعدم اتصالها
»	تعريفه : ومشروعيته	٥٧١	المقد للتجزؤ والضائف
٦٠٧	الميب الذي يثبت به الخيار	٥٧٢	للملحق
٦٠٨	شروط ثبوت الخيار بالميب	٥٧٣	شروط صحة التعليل
	هل يحتاج الفسخ فيه إلى التراضي	٥٧٥	المقود بين التمييز والإضافة والتعليل
٦٠٩	أو القضاء	»	المقود والإضافة
٦١٠	وقت هذا الخيار	٥٧٧	المقود والتعليل
»	آثاره في المقد	٥٨١	عيوب المقد
٦١٢	موانع الرد بخيار الميب	»	الإكراه
٦١٥	خيار الميب والإرث	٥٨٢	أنواع الإكراه
٦١٨	خيار الرأية . تعريفه	٥٨٣	الغلط
»	مشروعيته		الغلط الظاهري والباطني
٦٢٠	شروط ثبوته	٥٨٤	الغلط في جنس المقود عليه
٦٢١	الراد بالرؤية	٥٨٥	» » صفته
٦٢٢	لن يثبت هذا الخيار	٥٨٧	الدين والتفويض
»	المقود التي يثبت فيها	»	الفسخ البير والفاش
٦٢٣	آثاره في المقد	٥٨٨	التفويض
»	هل لهذا الخيار وقت محدد	»	تعريفه . أنواعه
٦٢٤	مستطاه	»	الدين البير وآثره
٦٢٦	خيار التمين	»	الدين الفاش وآثره
٦٢٦	مقتاه ومشروعيته	»	أراء الفقهاء في تأثيره
٦٢٧	شروطه	٥٨٩	أو التفويض
٦٢٨	مدته والخلاف فيها	٥٩٤	الخيارات
٦٣٠	أثر هذا الخيار في المقد ومعه	٥٩٥	تعريف الخيار
»	مستطاه	»	أنواع الخيارات
٦٣١	ورائته	٥٩٧	خيار الشروط . تعريفه
٦٣٢	خيار النقد	٥٩٨	مشروعيته
»	تعريفه ومشروعيته	»	مدته واختلاف الفقهاء فيها
٦٣٣	مدته	٦٠٠	لمن يثبت ؟
	إثره	٦٠١	المقود التي يدخلها خيار الشروط
		٦٠٣	آثاره في المقد

في طريقة الانتطاع بهذا الفقه ودفع الشبهات التي

تثار حول تطبيقه في الوقت الحاضر

المطلب الأول: في طريقة الانتطاع بهذا الفقه

المطلب الثاني: في إبطال ما أثير من شبهات حول

تطبيق هذا الفقه في عصرنا الحاضر

المطلب الثالث: في فقه المذاهب المدون ومدى

تطبيقه على ما جد من معاملات .

كلمة ختامية

فهرس الموضوعات

